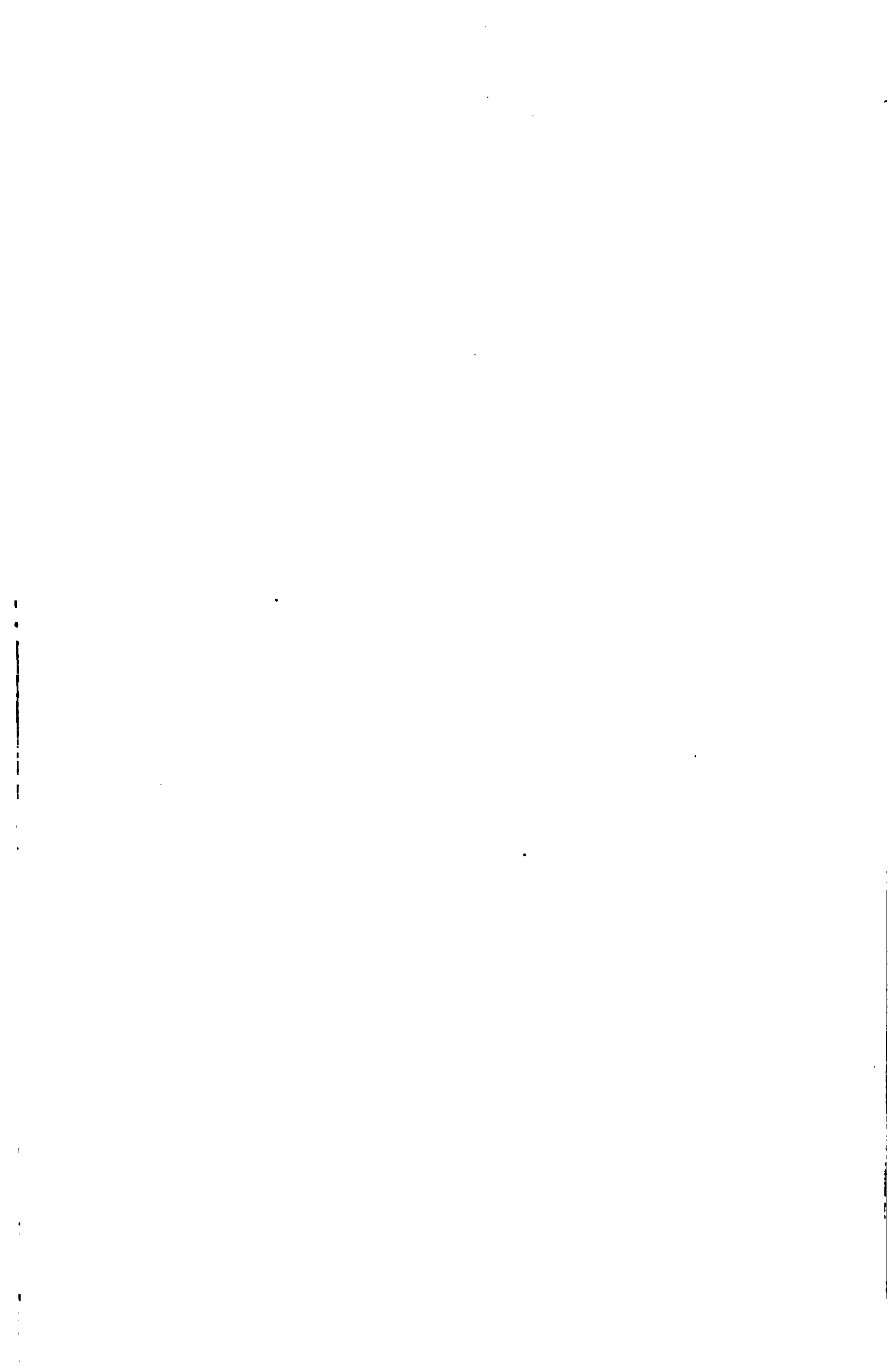




Germany

28. Dec. 1915.





Handbuch

des

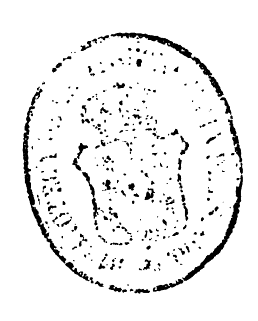
Deutschen Privatrechts

von

Otto Stobbe.

Zweiter Band.

Zweite Auflage.



Berlin.
Verlag von Wilhelm Hertz.
(Bessersche Buchhandlung.)
1883.

Dr. L. Goldschmidt

als ein Zeichen aufrichtiger Freundschaft

zugeeignet.

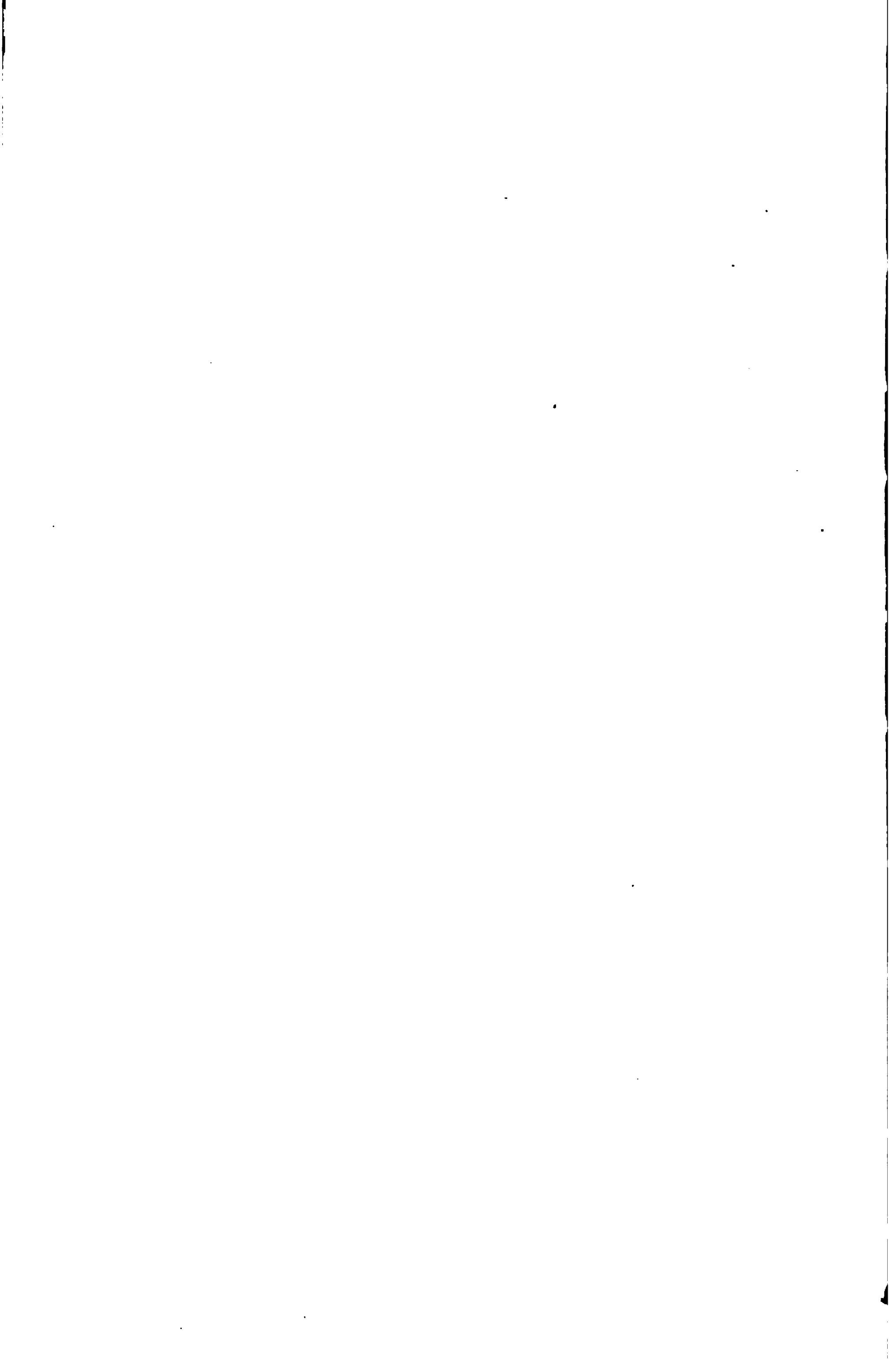


Vorwort zur zweiten Auflage.

Die Nothwendigkeit den zweiten Band in einer neuen Auflage erscheinen zu lassen ist dem Abschluß des Werks hinderlich gewesen. Doch ist die Bearbeitung der noch fehlenden Theile in der Zwischenzeit so weit gefördert worden, daß mit dem Druck in nächster Zeit begonnen und das Erscheinen des Familienrechts im künftigen Frühjahr versprochen werden kann.

Für die neue Auflage des hier erscheinenden Bandes gilt dasselbe, was ich im Vorwort zum ersten Bande bemerkt habe. Um die Vollendung des ganzen Werks nicht bis zu unbestimmter Zeit zu vertagen, habe ich freilich für einzelne Paragraphen, welche vielleicht einer eingreifenden Umarbeitung bedurft hätten, auf eine solche Verzicht leisten und mich mit einer sorgfältigen Revision begnügen müssen. Aber überall habe ich mich bemüht den Leser sowohl in Rücksicht auf die historische Entwickelung, als auf den heutigen Stand unsers Rechts und unserer Wissenschaft zu orientiren. Wer diese Auflage mit der ersten vergleichen will, wird finden, daß sich in allen Abtheilungen zahlreiche Aenderungen und Zusätze finden. Wesentlich modificirt worden sind die §§ 74, 84, 87, 92, 94, 95, 96, 104, 106, 107, 109, 111, 114, 131, 137, 144, 148, 150, 155.

Leipzig, den 13. Juni 1883.



Inhaltsverzeichniß.

Zweites Buch.
Absolute Vermögensrechte.

Vierter Abschnitt. Erwerb des Eigenthums an Grundstücken.

Fünfter Abschnitt. Schutz des Eigenthums.

Zweites Kapitel. Die Dienstbarkeiten.

Drittes Kapitel. Emphyteusis und Superficies (Platzrecht).

Viertes Kapitel. Die Reallasten.

Fünftes Kapitel. Das Pfandrecht.

Erster Abschnitt. Geschichte.

Zweiter Abschnitt. Das neueste Hypothekenrecht.

Sechstes Kapitel. Das Recht besonderer Güterarten.

Erster Abschnitt. Das Recht der Lehngüter.

Zweiter Abschnitt. Das Recht der Rittergüter und der Bauergüter.

Dritter Abschnitt. Das Recht der Erb-, Stamm- und Familienfideikommißgüter.

Vierter Abschnitt. Das Recht der Bergwerke.

Fünfter Abschnitt. Das Recht der Privatgewässer.

Dritte Abtheilung. Das Mobiliarsachenrecht.

Erstes Kapitel. Die Rechte an Mobilien im allgemeinen und die Mobiliarklagen.

Zweites Kapitel. Der Erwerb des Eigenthums.

Drittes Kapitel. Das Pfandrecht und Retentionsrecht.

Zweites Buch.

Absolute Vermögensrechte.

§ 71. Einleitung.

1. Im Vermögensrecht ist zu unterscheiden zwischen Rechten, deren Objekt eine körperliche Sache oder ein immaterielles Gut ist, (absolute Vermögensrechte) und zwischen Rechten, welche einzelne Personen zu einem Handeln oder Unterlassen verpflichten (Forderungsrechte). Da die körperlichen Sachen im älteren und im neueren Recht verschiedenen Grundsätzen unterliegen, je nachdem sie unbeweglich oder beweglich sind, so zerfällt die Darstellung der absoluten Vermögensrechte in das Immobiliarsachenrecht, das Mobiliarsachenrecht und in das Recht der immateriellen Güter. Außerdem ist von dem Besitz zu handeln, d. h. der thatsächlichen Ausübung eines Rechts, ohne Rücksicht darauf, ob das Recht vorhanden ist oder nicht.

2. Der Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten, welchen das römische und das heutige Recht macht, gelangte im ältern deutschen Recht nicht zum Bewußtsein (vgl. I § 66 I). Er trat in ihm nicht hervor, weil es die vermögensrechtlichen Klagen in anderer Weise gruppirt, ohne darauf Gewicht zu legen, ob es sich um ein dingliches oder persönliches Recht handelt[1]. Aber wohl unterschied es gleich von Anfang an die verschiedenen Rechte, welche einer Person an einer Sache zustehen können, und erklärte es für zulässig, daß mehrere Personen an derselben Sache verschiedene Rechte haben[2]: es kennt das Eigenthum und die dinglichen Rechte an fremden Sachen.

---

[1]) Laband vermögensrechtl. Klagen S. 276 ff. und Heusler die Gewere. 1872. S. 28, 462.

[2]) Z. B. Sächs. Lehnr. 14 § 1: En gut mach maniges herren sin, also dat it en von deme anderen hebbe.

Mit der Aufnahme des römischen Rechts ist der römische Gegensatz im modernen Recht zur Herrschaft gelangt: die Rechte, welche einer Person mit Bezug auf eine Sache zustehen, erscheinen entweder als Rechte an der Sache selbst, oder als gegen eine Person gerichtete Rechte, welche eine Sache zum Gegenstande haben.

3. In Rücksicht auf den Inhalt, die Entstehung und Beendigung der Rechte an Sachen macht das deutsche Recht einen durchgreifenden Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien. Während nach römischem Recht nur in einzelnen Richtungen solche Verschiedenheiten bestehen und es seiner Ausbildung entspricht, die Grundsätze über beide Arten von Sachen gemeinsam vorzutragen und in den einzelnen Beziehungen die Gegensätze hervorzuheben, behandelt das deutsche Recht Mobilien und Immobilien als rechtlich durchaus verschiedene Objekte. Der Gegensatz von fahrender Habe und liegendem Gut gehört nicht bloß dem alten deutschen Recht an, sondern hat sich, abweichend von der römischen Rechtsentwickelung, welche ihn in späterer Zeit immer mehr ausglich und zuletzt fast ganz beseitigte trotz der Reception in lebendiger Wirksamkeit erhalten und auch in den neuesten Legislationen präcisen Ausdruck erhalten[3]). Es ist daher nicht bloß zulässig, sondern auch angemessen, das Mobiliar- und das Immobiliarsachenrecht von einander zu sondern[4]).

Bei dieser gesonderten wissenschaftlichen Behandlung läßt es sich allerdings nicht vermeiden, schon im Immobiliarsachenrecht hie und da auch von Mobilien zu handeln. Ueberhaupt wird das Mobiliarsachenrecht im Verhältniß zum Immobiliarsachenrecht mehr den Charakter des Nachtrags erhalten, während die den beiden Arten von Sachen gemeinsamen Grundsätze in dem Immobiliarsachenrecht vorangestellt werden.

---

[3]) A. M. v. Gerber § 78 a. E., welcher sagt, daß diese Verschiedenheiten in Deutschland mehr und mehr dem ausgleichenden Streben der neueren Zeit gewichen sind und daß nur einzelne Spuren der verschiedenen Behandlung noch bedeutungsvoll hervortreten. — Aehnlich sagt Bähr (in v. Ihering's Jahrbb. I. S. 353 f.), daß es die Tendenz der Neuzeit sei, das deutschrechtliche Eigenthum an Grund und Boden in das rein römische dominium umzuwandeln.

[4]) Als Motiv für die Sonderung kann auch noch angeführt werden, daß eine Zahl von Rechtsinstituten nur bei Mobilien oder Immobilien schon ihrer physischen Beschaffenheit wegen möglich ist.

4. Das vornehmste Motiv des ältern Rechts für die verschiedene Behandlung der Mobilien und Immobilien war der Umstand, daß die ökonomische Sicherung einer Familie auf ihrem Grundbesitz beruhte und die ständische Gliederung des Volks, die politische und bürgerliche Stellung des Einzelnen durch den Grundbesitz bestimmt wurde. Wegen der Bedeutung der Grundbesitzverhältnisse für den Einzelnen, für die Familie und für die Gesammtheit sollten Rechte am Grund und Boden nur mit einer gewissen Publizität entstehen und wurde im späteren Recht zu ihrer Begründung die Mitwirkung des Gerichts oder des Richters erfordert.

Aber auch nachdem den auf dem Grundbesitz basirten Ständen, dem Adel- und Bauernstand, sich der Bürgerstand zur Seite stellte, traten neue Gründe hinzu, um das Recht an Grundstücken besonders auszubilden: der Grundbesitz leistet die Garantie für die Erfüllung von Verbindlichkeiten; die Rückzahlung von Capitalien, die regelmäßige Abführung von Renten und Zinsen wird durch Beziehung der Schuld zum Grundbesitz des Schuldners sicher gestellt. So entsteht das Institut der Satzung, des Rentenkaufs und der modernen Hypothek.

Dazu kommt in älterer Zeit das Interesse der Markgenossenschaften und der Gemeinden, in neuerer Zeit das des Staats an der ordnungsmäßigen Ausnutzung und Verwaltung des Grundbesitzes: so werden Rechtsnormen über die Bewirthschaftung der Grundstücke aufgestellt, welche das Interesse der Gesammtheit, aber auch engerer Kreise, der Nachbarn, der Familie oder einzelner Personen befördern wollen und den Besitzer in der freien Verfügung beschränken. Die Herrschaft des Besitzers über seine Grundstücke wird nach vielen Richtungen hin durch das objektive Recht normirt. Die Gesammtheit zwingt den Einzelnen bei der Bewirthschaftung des Bodens allgemein verbindliche Bestimmungen zu beobachten und sich gewisse Eingriffe von Seiten der Nachbarn oder von ganz dritten Personen gefallen zu lassen, z. B. wenn dies ein überwiegendes allgemeines Interesse fordert (wie bei der Expropriation), oder wenn er selbst keinen Gebrauch von den ihm in Aussicht stehenden Erträgnissen macht (wie beim Bergbau)[5].

[5]) Vgl. auch v. Ihering in s. Jahrbüchern X. S. 508 f., 523. Er präcisirt S. 508 den Gegensatz zwischen römischem und deutschem Recht dahin, daß nach altrömischem Recht die Sache lediglich des Eigenthümers wegen da ist,

Auch war der Bsitzer in der Veräußerung der Grundstücke im Interesse der Familie und sonstiger Kreise zahlreichen Beschränkungen unterworfen und erst die neueste Zeit hat die Immobilien in dieser Richtung den frei veräußerlichen Mobilien angenähert.

5. Aber noch nach anderen Seiten hin zeigt das deutsche Immobiliarsachenrecht einen größeren Reichthum an Instituten als das römische Recht oder das Mobiliarsachenrecht.

Das römische Recht kennt neben dem Eigenthum nur eine beschränkte Zahl von jura in re aliena. Das deutsche Recht hat a) einzelne von den Römern als persönlich angesehene Rechte für dinglich erklärt[6]) und b) zu Folge seiner sozialen und wirthschaftlichen Zustände Herrschaftsrechte an Grundstücken entwickelt, welche den Römern unbekannt waren: das Recht des Vasallen am Lehn, des Bauern am Bauergut. Haben diese Rechte auch neuerdings in den meisten Theilen Deutschlands den Charakter von jura in re aliena verloren und ist der frühere Vasall oder Bauer jetzt Eigenthümer geworden, so ist dies Eigenthumsrecht am Bauergut oder Lehngut doch auch jetzt noch vielfach als ein besonders qualifizirtes anzuerkennen. Weiter sind aber auch c) in Verbindung mit den Rechten an fremden Sachen einzelne Rechte darzustellen, welche zu ihrem Gegenstande eine obligatorische Leistung haben: die Reallasten und der Retrakt. Diese systematische Stellung entspricht der allgemeinen rechtlichen Ausbildung, welche diese Rechte erhalten haben und wird unten ihre eingehende Rechtfertigung finden.

6. Das deutsche Recht behandelt die Grundstücke nicht als juristisch unterschiedslos, sondern stellt für einzelne Arten derselben besondere Regeln auf. Der Umstand, daß ein Gut längere Zeit hindurch innerhalb desselben Standes oder derselben Familie besessen worden ist, giebt ihm eine besondere rechtliche Qualität: es wird von den Grundsätzen erfaßt, welche sich innerhalb des betreffenden

---

während sie nach germanischem Recht auch Anderer wegen da ist; ganz besonders v. Ihering Zweck im Recht I. S. 506 ff., auch Kohler in v. Iherings's Jahrbb. XVIII. S. 170 f. — Kein ganz treffender Ausdruck ist es, wenn v. Gerber gesammelte jurist. Abhandlungen. 1872, S. 107 sagt, daß das Grundeigenthum nicht bloß den Charakter des ausschließlichen Rechts, sondern mehr noch den eines Amts hat.

[6]) Vgl. oben I. § 66 II.

Kreises für seine Immobilien entwickelt haben, in Rücksicht auf Veräußerung, Vererbung, Umfang des Nutzungsrechts, die Befugniß sie mit Schulden zu belasten u. s. w.

So entstehen die besonderen Institute der Ritter- und der Bauergüter, der Erb- und Stammgüter uud der Familienfideikommisse. In dem Vermögen einer Person werden verschiedene Bestandtheile unterschieden und besondern rechtlichen Schicksalen unterworfen: dem Allod im engern Sinne tritt das Lehen, das Bauergut, das Familienfideikommiß u. s. w. entgegen[7]). Zu den genannten Klassen von Gütern ist noch weiter das Bergwerk, für welches sich besondere Normen ausgebildet haben[8]) und der im Privateigenthum stehende Fluß hinzuzufügen.

7. Die Vasallen und Bauern standen zum Eigenthümer ihres Guts ursprünglich nicht bloß in einem gewissermaßen dinglichen Verbande, sondern wurden zugleich vom Lehnsherrn resp. Gutsherrn in einem weit über obligatorische Verhältnisse hinausgehenden Maße beherrscht: neben dem dinglichen läuft ein Herrschafts- und Subjektionsverhältniß einher, in Folge dessen der Herr Rechte der öffentlichen Gewalt ausübt, zum Kriege aufbietet, Treue beansprucht, Gericht abhält u. s w. Das Recht der Vasallen und der Bauern bildete eine eigene geschlossene Rechtssphäre, es trat als Lehnrecht und als Hofrecht dem Landrecht zur Seite und von ihm bildete das Recht der Lehn- und Bauergüter nur einen Bestandtheil.

Die persönliche Herrschaft der Lehns- und Gutsherrn ist in neuerer Zeit abgestorben oder ganz aufgehoben; Vasallen mit ihrem Lehnsherrn, Bauern mit dem Gutsherrn bilden nicht mehr eigene Verbände, welche ihr vom Staat gesondertes Leben führen: der

---

[7]) Gelegentlich ist auch daran zu erinnern, daß das Handelsvermögen eines Kaufmanns seinem übrigen Gut gegenüber gestellt wird, eine Unterscheidung, welche besonders im Konkurse von Bedeutung ist.

[8]) Dabei bin ich aber nicht der Ansicht, daß man mit Kraut Grundriß S. VI. (5. Aufl.) und Andern die Lehre von den Lehen, Stammgütern, Familienfideikommissen, adligen und Bauerngütern von dem Sachenrecht ganz und gar trennen und an den Schluß des Systems stellen soll. Ich halte es für richtiger die systematische Behandlung so weit durchzuführen, als es ohne Zwang geschehen kann, und nur die familien- und erbrechtlichen Grundsätze über diese Güter abzusondern und in das Familien- und Erbrecht zu stellen. Vgl. auch oben I. § 11 S. 64 f.

Kriegsdienst der Vasallen ist überall fortgefallen, die Patrimonialgerichtsbarkeit existirt nicht mehr und die Reallasten sind aufgehoben oder ablösbar geworden. Die persönliche Seite des Lehns- und bäuerlichen Verhältnisses ist h. z. T. von geringer Bedeutung; das Interesse beschränkt sich wesentlich auf das sachenrechtliche Element.

Daher empfiehlt es sich das Recht der Lehngüter und Bauergüter im Sachenrecht darzustellen. Doch würde es dem heutigen Rechtszustande nicht entsprechen, wenn wir das Recht am Lehngut oder Bauerngut unter der allgemeinen Kategorie der Rechte an fremden Sachen behandeln wollten. Denn da jetzt der Bauer und Lehnsbesitzer an diesen Gütern regelmäßig Eigenthum hat und da eine große Zahl von Rechtssätzen für diese Güter Platz greift, gleichviel, ob der Besitzer an ihnen Eigenthum oder nur ein jus in re aliena hat, so ist es angemessen, nach der allgemeinen Darstellung des Eigenthums, der Servituten, Reallasten und des Pfandrechts die Lehn- und Bauerngüter ebenso wie die übrigen bei no. 6 genannten Güterarten der Reihe nach zum Gegenstande einer besonderen Behandlung zu machen[9]).

---

8. Bevor wir zur Betrachtung des Einzelnen übergehen, machen wir noch auf eine Schwäche des deutschen Sachenrechts aufmerksam, welche dadurch erklärt wird, daß das ältere deutsche Recht in seiner naiven, nur auf die praktischen Bedürfnisse gerichteten Entwickelung theoretische Fragen nicht aufwarf und daß, seitdem die allgemeinen römischen Begriffe zur Herrschaft gelangten, eine Weiterbildung derselben nicht stattgefunden hat und manche schwierigen Fragen von der Theorie zur Seite geschoben wurden, weil ihre Lösung mit Hülfe jener allgemeinen Begriffe sich nicht in einfacher Weise geben ließ.

Während das römische Recht, wenn mehrere Personen an derselben Sache in verschiedener Weise berechtigt sind, dem Einen das Eigenthum, dem Andern nur ein dingliches Recht an einer fremden Sache oder ein persönliches Recht zuschreibt, gruppirt sich das deutsche Recht nicht in so durchsichtiger Weise um den Eigen-

[9]) Diese Anordnung ist auch dadurch geboten, daß bei der Behandlung dieser Güter die Kenntniß des gesammten allgemeinen Immobiliarsachenrechts (z. B. Hypotheken, Beispruchsrecht) vorausgesetzt wird.

thumsbegriff herum[9a]). Die in der Herrschaft über eine Sache enthaltenen Rechte der Nutzung, der Veräußerungsbefugniß, der sonstigen Disposition u. s. w. sind oft in der Weise zwischen den mehreren Personen vertheilt, daß es zweifelhaft sein kann, wer von ihnen als Eigenthümer angesehen werden soll. Man hatte in älterer Zeit kein Interesse daran, dem Einen das Eigenthum, dem Andern ein jus in re aliena zuzuschreiben, sondern glaubte dem praktischen Bedürfniß zu genügen, wenn man in mechanischer Weise die aus dem Eigenthum hergeleiteten Rechte zwischen den mehreren Personen vertheilte und jeder ihre besondere Rechtssphäre zuwies. Der Eine hat das Recht die Sache zu besitzen uud zu nutzen, der Andere hat möglicherweise einen Anspruch darauf, später Besitz und Nutzung zu erhalten; aber wie man dieses Recht, welches erst zukünftig thatsächlich zur Erscheinung kommen soll, in der Gegenwart aufzufassen habe, brachte man sich nicht zum Bewußtsein. Höchstens bezeichnete man es als Anfall, als ein jus futurum[10]). Darum macht es auch in der Gegenwart Schwierigkeiten, für einzelne Fälle, soweit sie noch dem modernen Recht angehören, jene Frage in befriedigender Weise zu beantworten.

Wir erläutern das Bemerkte durch einzelne Beispiele, deren

[9a]) Sohm in d. Ztschr. der Savigny-Stiftung I. (Ztschr. f. Rechtsgesch. XIV.) S. 39 f. ist der Ansicht, daß das altdeutsche Sachenrecht nur ein einziges Recht an der Sache, das Eigenthum gekannt habe.

[10]) So bezeichnet das Glogauer Rechtsbuch c. 16 das Recht des Eigenthümers eines Guts, an welchem ein Anderer eine Leibzucht hat, als angefelle. Dem Eigenthümer, welcher eine Vergabung von Todes wegen gemacht hat, schreibt man das Leibgedinge, demjenigen, welcher nach seinem Tode die Nutzungen erhalten soll, die anwardinghe, den anval zu, Pauli Abhandlungen II. S. 35, 37, 38. Die Kinder haben an den verfangenen Gütern, welche der überlebende Ehegatte lebenslänglich benutzt, den Anfall, Schröder eheliches Güterrecht II. 2. S. 71, Sandhaas fränkisches eheliches Güterrecht S. 293 f. Der Satzungsgläubiger hat ein jus recadentiae, Franken Geschichte des französischen Pfandrechts I. S. 143. König Philipp nennt in einer Urk. v. 1199 (Böhmer Regesten no. 13) das Recht des Lehnsherrn Anfall, so lange das Gut sein Vasall besitzt, vgl. auch ab Horn de investitura eventuali et exspectativa feudali. Berol. 1865 p. 31 f. — Ueber andere Verwendungen des Worts Anfall vgl. Homeyer Sachsensp. II. 2. S. 329, 337, 467, 486. — Vgl. auch Rückert Untersuchungen über das Sachenrecht der Rechtsbücher. 1860. S. 108 ff., dessen Ausführungen freilich im Detail viele Unrichtigkeiten enthalten.

weitere Ausführung erst im Zusammenhange mit den einzelnen Rechtsinstituten gegeben werden kann, zu denen sie gehören:

a) Der Eigenthümer, welcher eine Mobilie in einem Contraktsverhältniß einem Andern tradirte, sie ihm verpfändete, lieh, sie bei ihm deponirte, bleibt unzweifelhaft Eigenthümer. Wenn aber der Empfänger sie veräußert, kann der Eigenthümer sie nach der Regel: „Hand wahre Hand" von dem Dritten nicht vindiciren. Hat er nun überhaupt noch Eigenthum oder ist ihm dasselbe durch die Veräußerung seines Contrahenten verloren gegangen? Das Recht des dritten Erwerbers ist ein definitives und neuere Gesetze scheuen sich nicht, es als Eigenthum zu bezeichnen. Der alte Eigenthümer kann nicht mehr als solcher gelten; er hat auch nicht einen Schatten vom Eigenthum behalten, überhaupt gar kein dingliches Recht. Welches Recht aber hat er, so lange der andere Contrahent noch die Sache besitzt und der Klage auf Rückgabe ausgesetzt ist? Wir werden es Eigenthum nennen, obgleich eine der wichtigsten Folgen des Eigenthums fehlt, die Vindikation. In älterer Zeit warf man diese Frage gar nicht einmal auf.

b) Wenn ein Eigenthümer sein Grundstück zu Lehen leiht, überträgt er auf den Vasall den Genuß, die Gewere und bleibt selbst Eigenthümer, obgleich möglicherweise von der sog. totalen Herrschaft über die Sache für ihn und seine Erben Jahrhunderte lang nichts zur Erscheinung kommt. Wenn nun dieser Vasall das Gut selbst weiter leiht und sich dadurch der Gewere entäußert, welches Recht behält dann dieser untere Lehnsherr? Eigenthum natürlich nicht; nur ein jus in re aliena, welches thatsächlich nicht zur Erscheinung kommt und erst beim Fortfall des unteren Vasallen sich zu einer Gewere verstärkt. Seinem Lehnsherrn gegenüber hat er die Gewere, weil er ihm gegenüber das an seinen Vasallen übertragene Recht geltend machen kann. Aber für das Recht gegenüber seinem Vasallen fehlt es an jedem festen Begriff und Wort; man hebt seine einzelnen Rechte auf Dienste, auf den Heimfall u. s. w. hervor, aber faßt dieselben nicht unter einem Begriff zusammen, welcher seine Herrschaft über die Sache charakterisirte.

c) Wenn während der Unmündigkeit des Lehnserben das s. g. Anevelle einem Dritten geliehen ist, fehlt es an einer festen sachenrechtlichen Auffassung für das Recht des Lehnserben. Es zeigt sich

nicht als Herrschaft über die Sache, sondern als ein in seiner Wirksamkeit suspendirtes Erbrecht.

Ebenso wenig wird in den Gesetzen gesagt, welches Recht im Falle der Interimswirthschaft der unmündige Erbe hat, noch in der Literatur diese Frage aufgeworfen. Er hat nur ein Recht auf den Anfall, ein in seinen Wirkungen suspendirtes Erbrecht[11]).

Aehnliche unklare sachenrechtliche Verhältnisse bestehen bei der Lehnsträgerschaft und bei dem korrespondirenden landrechtlichen Verhältniß der Salmannen[12]).

d) Ein anderes Problem liefert das sog. Verfangenschaftsrecht. Der überlebende Ehegatte darf die aus der Ehe herstammenden Grundstücke besitzen und nutzen, aber in der Veräußerung ist er durch seine Kinder beschränkt, denen die Güter verfangen sind. Der überlebende parens hat die Gewere; wer aber ist Eigenthümer und welches Recht haben die Kinder am Gut[13])? Und ähnliche theoretische Räthsel begegnen uns noch vielfach im ältern und neueren ehelichen Güterrecht[14]) und erschweren es, die rechtlichen Befugnisse der einzelnen Personen festen Kategorien zuzuweisen[15]).

---

[11]) Dies zeigt sich auch darin, daß wenn der Anerbe während der Interimswirthschaft stirbt, das Gut nicht an seine, sondern an die nächsten Erben des ersten Erblassers fällt; vgl. z. B. Seuffert Archiv XVI. no. 135, vgl. auch unten § 135 N. 14. — Ueber das Recht des Erben an einem Gut, an welchem der Mutter eine Leibzucht geliehen ist, vgl. Laband vermögensrechtl. Klagen S. 164 N. 14.

[12]) Vgl. Stobbe in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. VII. S. 413, 431 ff.

[13]) v. Wächter Würt. Privatrecht I. S. 204 N. 28: Eigenthum auf Seiten des Ehegatten; Roth in Bekker's und Muther's Jahrbuch III. S. 350 und Schröder eheliches Güterrecht II. 2. S. 183 ff. führen aus, daß nach den Statuten die Kinder die Eigenthümer sind, und der Ueberlebende nur eine Leibzucht hat, womit dann aber wieder nicht zu vereinigen ist sein Veräußerungsrecht bei echter Noth; genaueres im 4. Bande. — Vgl. auch für das ältere Recht, welches von dem Ehegatten, welcher die Nutzungen zieht, nur sagt, daß er das Gut usufructuario ordine habe, de Rozière formules no. 248, 253, Roth Feudalität S. 156.

[14]) Vgl. besonders v. Martitz d. ehel. Güterr. des Sachsenspiegels S. 126, 130 f., 136, 140 N. 15, S. 141 f.

[15]) Vgl. auch oben I. § 55 S. 448 f. über die Almende, in Betreff deren noch heute Streit ist, ob sie den Einzelnen oder der Gesammtheit gehört. — In Betreff der Lüneburger Saline weiß man nicht zu sagen, wer der Eigenthümer

Das ältere Recht entwickelte sich unbekümmert um solche in praktischer Beziehung gleichgültige Fragen und um die Kategorien der juristischen Theorie und überließ uns die Lösung dieser Probleme.

Erste Abtheilung. Der Besitz.

§ 72. Das ältere deutsche Recht: die Gewere[1]).

1. Der Gegensatz zwischen dem Recht an einer Sache und dem Besitz der Sache, d. h. der Ausübung eines Rechts an ihr ist auch schon dem ältern deutschen Recht bekannt. Wenn dasselbe auch

---

sei, Hassel Ztschr. f. hannov. R. X. S. 331 ff. — In Betreff des Waldeigenthums vgl. Bähr der Hessische Wald. Kassel 1879. S. 41 ff.

[1]) Eine Literatur über die Gewere giebt es erst seit dem für die gesammte deutsche Rechtsgeschichte Epoche machenden Werk von Albrecht die Gewere, als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts. Königsb. 1828. 8. — Gaupp in d. Zeitschr. f. deutsch. R. I. S. 86—143. — Brackenhöft daselbst III. S. 1—39, V. S. 133—181. — Homeyer Sachsenspiegel II. 2. S. 402 ff., 420 ff. — Bruns das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart 1848. S. 283 ff. — Sandhaas germanist. Abhandlungen 1852. S. 81—162. — Walter deutsche Rechtsgeschichte § 493—499. — v. Gerber in d. Ztschr. f. Civ. R. und Proz. R. F. XI. S. 1—54 (auch in s. gesammelten jurist. Abhh. S. 372—426). — Delbrück in d. Ztschr. f. deutsch. Recht XIV. S. 207—262, und: die dingliche Klage des deutschen Rechts 1857 S. 36 ff. — Stobbe in Ersch und Gruber's Encyklopädie. Erste Sektion LXV. S. 428—488. — Fr. Stein Untersuchungen über die Entwickelung und Fortbildung des deutschen Sachenrechts 1. Abth. 1857. — Rückert Untersuchungen über das Sachenrecht der Rechtsbücher zunächst des Sachsenspiegels. 1860 (vgl. gegen ihn K. Maurer in der krit. Viertelj. Schrift II. S. 256 ff.). — v. Bar das Beweisurtheil des germanischen Prozesses. 1866. S. 163—228. — Laband die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsbüchern. Königsb. 1869. S. 158 ff. — Andr. Heusler die Gewere. Weimar 1872 (vgl. darüber die Rezension von Laband in d. krit. Viertelj. Schrift XV. S. 378—421 und Le Fort in der nouvelle revue historique de droit francais et etr. I. 1877 S. 345—359). — Gierke Genossenschaftsrecht II. S. 137, 142 f. — Planck das Deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter. I. 1879 S. 500 ff., 681 ff. — Auch Sohm in: Festgabe für Thöl. Straßburg 1879 S. 81—83 und Kohler pfandrechtliche Forschungen. 1882 S. 173 ff.

Da es sich hier um eine wesentlich rechtshistorische Frage handelt, ist es an diesem Ort unzulässig, die verschiedenen Ansichten quellenmäßig zu prüfen. Für die

nicht selbständig dazu gelangte, den Besitz als solchen durch besondere Rechtsmittel zu schützen, so ertheilte es ihm doch einen wesentlichen Einfluß im Prozeß, indem im allgemeinen der gegenwärtige Besitz und die Art desselben (rechtmäßiger oder unrechtmäßiger Besitz, Besitz von Jahr und Tag) darüber entscheidet, welche Partei und mit welchen Beweismitteln zu beweisen hat.

2. In den lateinischen Quellen des früheren Mittelalters wird der Besitz durch **vestitura** oder **investitura**, in den deutschen Quellen des ältern und spätern Mittelalters durch gewere bezeichnet[2]).

Vestitura[3]) bezeichnet ursprünglich die Bekleidung mit dem Besitz eines Grundstücks, die Einführung in den Besitz, dann aber auch

---

Literatur bis auf Delbrück beziehe ich mich auf meine angef. Abhandlung S. 480 ff., für die Ansicht von Laband auf meine Kritik seines Werks in der krit. Viertelj. Schrift XI. S. 248—253. — Uebrigens bemerke ich ausdrücklich, daß manche Ansichten, die ich in meiner Abhandlung über die Gewere ausgesprochen habe, besonders durch Laband und Heusler widerlegt sind; in andern Beziehungen halte ich an meiner abweichenden Auffassung fest. — Die neueren Arbeiten haben gezeigt, daß die Bedeutung der Gewere für das alte Sachenrecht oft überschätzt worden und daß Albrecht's Auffassung, die Gewere sei die Grundlage des deutschen Sachenrechts, unhaltbar ist.

Durch Heusler's Arbeit ist das Thema insofern vereinfacht worden, als die Lehre von der Gewere zur Lehre von dem deutschen Besitz geworden ist. Während in der früheren Literatur sehr vage Behauptungen über das spätere Schicksal der Gewere aufgestellt wurden, bald daß sie seit der Reception verschwunden sei, bald daß sie noch weiter fortlebe, wobei man es aber unterließ, diese Nachwirkungen klar zu legen, ist die deutsche Gewere jetzt in einen genetischen Zusammenhang zum spätern Recht gebracht.

[2]) Die Identität von vestitura und gewere wird erwiesen durch Stellen wie testes, qui . . . viderunt giweridam, wofür es in andern Urkunden heißt: testes, qui vestitionem viderunt (Dronke C. dipl. Fuldens. no. 446—448), und andererseits durch die dem 9. Jahrhundert angehörige deutsche Uebersetzung des Cap. Ludovici P. a. 817. c. 6 (Mon. LL. I. p. 211 und Ansegis IV, 18; Kraut Grundriß (5. Aufl.) § 78 no. 1), wo vestitura durch geweri wiedergegeben wird, so wie traditio durch sala. Ganz entsprechend heißt es in einer Urkunde des J. 1384 (bei Michelsen die festuca notata S. 19 N. 1): quae . . . bona . . . secundum jus terre Holtzatie . . . per warandiam et zelandiam, que proprie Zele et War dicuntur, resignavit.

[3]) Zahlreiche Stellen über den Gebrauch des Worts vestitura oder gewere vgl. in meiner Abhandlung S. 429 f., bei Stein S. 15 ff., 47 ff., Merkel in d. Ztschr. für Rechtsgesch. II. S. 155 ff., Stobbe in Ihering's Jahrbb. XII. S. 157 ff., Heusler S. 1 ff., 50 ff., zuletzt über die Verbreitung des Worts

den Besitz des Grundstücks und zwar sowohl den rechtmäßigen als den unrechtmäßigen, ganz besonders aber den rechtmäßigen Besitz[4]). Aber nicht bloß dem, welcher das Gut unmittelbar besitzt, schrieb man eine vestitura zu, sondern auch demjenigen, welcher es einem Andern zu irgend einem Recht ausgethan hat und von diesem dafür Einkünfte bezieht. Das Kloster, die Kirche, der Eigenthümer bleibt in vestitura, auch wenn der Zinsmann die Früchte zieht und nur zur Ablieferung von Abgaben und zur Leistung von Diensten an den Herrn verpflichtet ist[5]).

Dieselben Bedeutungen lassen sich auch für das deutsche Wort Gewere[6]) nachweisen. Doch ging die Bedeutung „Einweisung in den Besitz" im spätern Mittelalter verloren und es bedeutet Gewere nach dem Sprachgebrauch der Rechtsbücher entweder Besitz oder Besitzthum, das Grundstück, Haus und Hof[7]), oder endlich, ohne Rücksicht auf das Faktum des Besitzes, auch Recht zu besitzen[7a]).

Brunner zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde I. 1880 S. 279 ff.

[4]) Einen unrechtmäßigen Besitz könne man eigentlich nicht vestitura nennen, weil er restituirt werden muß, cap. a. 819 c. 6 (Mon. LL. I. p. 227, Kraut § 68 no. 11): si invenitur justa atque legitima, tunc vestitura dicatur; nam aliter ne vestitura nominari debet. — Urk. v. J. 814 (Kindlinger Hörigkeit S. 217): juraverunt . . . quod Ecclesia . . . a tempore Caroli Imperatoris gloriosi de captura . . . legales et legitimas investituras habuisset. — Urk. aus dem Anf. des 11. Jahrh. (Meichelbeck I. no. 1169): cui . . . . jus vestiturae tradatur.

[5]) Diesen Nachweis liefert Heusler S. 50 ff., 59.

[6]) Daß man 3 verschiedene Stämme wern zu unterscheiden habe, vgl. Grimm Rechtsalterthümer S. 602 f.: *a*) wern = prohibere, defendere; davon were, arma, munitio; *b*) wern = vestire; *c*) wërn = praestare; davon gewëre = praestatio, cautio; warandia. — Wir haben es nur mit dem zweiten Stamm und seinen verschiedenen Bedeutungen zu thun. — In französischen Rechtsquellen wird gewere durch saisine (von saisir ergreifen, zusammenhängend mit dem fränkischen sacire d. h. setzen; vgl. zuletzt über saisine Heusler S. 336 ff. und Brunner Rechtsgeschichte der Urkunde I. 1880 S. 284), in italienischen durch tenuta (vgl. Heusler S. 293) wiedergegeben.

[7]) Stobbe Gewere S. 433 f., Heusler S. 114 ff.

[7a]) Stobbe Gewere S. 435 f. — Laband S. 158 ff. und Heusler S. 114 ff. suchen zu beweisen, daß diese dritte Bedeutung „Recht zu besitzen" sich nicht rechtfertigen lasse. Ich gebe zu, daß man „Recht zu besitzen" nicht für die eigentlich technische Bedeutung von Gewere erklären dürfe, muß aber doch meine

3. Die Gewere ist ein Institut des Immobiliarsachenrechts, wie sich bereits aus der Herleitung und ursprünglichen Bedeutung des Worts (Einführung in den Besitz) ergiebt. Da aber wer ein Grundstück besitzt, in seinem Besitz auch das Inventar desselben und sonstige Mobilien hat, welche sich dort befinden, so sagte man von ihm auch, daß er die Mobilien in seiner Gewere oder an ihnen die Gewere habe[8]). Diese Gewere an Mobilien kommt aber nur demjenigen zu, welcher faktisch die Herrschaft über sie besitzt, sie detinirt[8a]). Wer unfreiwillig oder durch Besitzübertragung auf einen

---

Behauptung (in d. krit. Viertelj. Schr. XI. S. 249 ff.) aufrechterhalten, daß die mittelalterlichen Quellen in nicht genauer Diktion das Wort auch brauchen, wo es sich nicht um das Faktum des Besitzes, sondern um das Recht zu besitzen handelt, ganz ähnlich wie wir von besitzen und die Römer von possidere gelegentlich sprechen, wo ein Recht gemeint ist. Ich behaupte nicht mehr, daß es ein besonderes Rechtsinstitut des Rechts zu besitzen gab, wohl aber, daß man öfter von Besitz sprach und in der That das Recht meinte. — Neuerdings hat sich für die Bedeutung „Recht zu besitzen" auch Planck das deutsche Gerichtsverfahren. I. 1879. S. 549 N. 1, 551 N. 4, 552 f., 681 N. 1, 687 und Brunner Geschichte und Quellen des deutschen Rechts § 20 (in v. Holtzendorff's Encyklopädie 4. Aufl. S. 248) erklärt; vgl. auch Meischeider Besitz und Besitzschutz S. 247 ff. und unten § 94 N. 23.

[8]) Stobbe Gewere S. 432 ff., 438 ff., Heusler S. 58, 62, 66, 278—287. — Wenngleich sich dieser Sprachgebrauch auf die oben angegebene Weise erklären läßt und man der Person an den von ihr detinirten Sachen die Gewere darum zuschrieb, weil sie dieselben in ihren Gewеren, auf ihrem Grundbesitz hatte, so darf man doch nicht mit Heusler S. 281 (welcher die Ansicht von Albrecht S. 19 f. wieder aufnimmt; vgl. dagegen Stobbe Gewere S. 467) allgemein behaupten: „daß, wer in der Gewere des Guts sitzt, auch die Gewere an der darauf befindlichen Fahrniß hat." Es ist dies nicht unbedingt richtig: der Grundeigenthümer detinirt nicht die Sachen seiner Knechte. Da, wie Heusler selbst zugiebt, an derselben Mobilie nicht zwei Personen die Gewere haben können, so würde nach seiner Auffassung keine von allen auf einem Gut lebenden Personen außer demjenigen, welcher die Gewere am Grundstück hat, irgend eine Mobilie besitzen. Vgl. besonders Laband Rezension S. 418 ff. — Sohm Festgabe S. 108 behauptet, daß der Sachsenspiegel noch keine Gewere an einer Mobilie kenne; dieselbe gehöre erst dem 14. und 15. Jahrhundert an. Vgl. aber Sachsensp. I. 31 § 2, wo gesagt wird, daß der Ehemann an seines Weibes Gut (an irme egene und an irer varende have) die Gewere habe.

[8a]) Daraus schließt Sohm S. 108: „Die bewegliche Sache ist des deutschen juristischen Besitzes unfähig, d. h. für die fahrende Habe ignorirt das deutsche Recht den animus", und Franken französisches Pfandrecht I. S. 292: „Dominium und Detention waren vor dem Recht identisch, das Eigenthum der ältesten

Andern freiwillig den Gewahrsam der Mobilie verliert, kann keine Gewere an ihr behaupten. Er hat den Besitz verloren[9]).

4. An Grundstücken schreibt das deutsche Recht eine Gewere im eigentlichen technischen Sinne, im Gegensatz gegen die reine Detention, nur demjenigen Besitzer zu, welcher unmittelbar die Nutzungen zieht, oder welcher, indem er das Gut an einen Andern ausgethan hat (Zinsmann, Miether), durch Vermittelung desselben Nutzen von dem Gut hat: die Gewere hat, wer das Gut in Nutz und Gelde hat und den Zins daraus nimmt[10]); sie wird als hebbende oder brukende gewere bezeichnet[11]), und in dem Fall, daß der Besitzer unmittelbar oder durch seine Leute die Nutzungen für sich zieht und nicht auf eine Abgabe beschränkt ist, auch ledigliche Gewere genannt[12]).

Man unterscheidet ferner zwischen rechtmäßig erworbenem Besitz (in nicht technischer Weise auch rechte Gewere genannt)[13]), und einer rofliken, betriglichen gewere[14]). Die Gewere ohne Rücksicht auf das ihr zu Grunde liegende Recht und im Gegensatz gegen den sich als Ausübung eines bestimmten Rechts darstellenden Besitz bezeichnet man als gemene oder blote gewere, der dann die Gewere

---

germanischen Juristen war das äußere Verhältniß des nackten physischen Habens der Mobilie." Vgl. dagegen Heusler in Goldschmidt's Zeitschr. XXV. S. 420 f.

9) Darüber, daß das spätere Recht einen Complex von Mobilien (Gerade) ähnlich wie Immobilien behandelte und an ihm eine rechte Gewere entstehen ließ, vgl. Heusler S. 285 ff.

10) Vgl. die Stellen bei Stobbe Gewere S. 450—452, Laband S. 160 ff., Heusler S. 115 f., Franken I. S. 110 f. Die Dortmunder Statuten IV. 4, 118, 138, 139 (Frensdorff S. 109, 136, 141) haben den Ausdruck: ein Gut besitzen in heve unde in bore. — Dieselbe Auffassung begegnet in ganz evidenter Weise im normannischen Recht, vgl. Brunner die Entstehung der Schwurgerichte. 1872. S. 169 f., 312 f. — v. Bar S. 172 N. 317, Laband S. 160 und Heusler a. a. O. haben Recht, daß nicht die Gewere ein Recht auf Besitz und Nutzung giebt, sondern daß nur derjenige Besitz eine Gewere ist, welcher mit der Nutzung verbunden ist, daß die Nutzung ein charakteristisches Merkmal der Gewere ist.

11) Heusler S. 147.

12) Laband S. 165 N. 16, Heusler S. 144.

13) Stobbe Gewere S. 435.

14) Heusler S. 146; vgl. auch die Urkunde bei Laband S. 195, in welcher von einer beroveten were die Rede ist.

des Eigenthümers (egenlike g.), des Vasallen (Lehnsgewere), des Pfandgläubigers (Satzungsgewere) u. s. w. gegenübertritt[15]).

5. Während nach römischem Recht nur besitzt, wer den animus domini hat[15a]), ist nach deutschem Recht das Gebiet des Besitzes weiter. Die Gewere hat, wer die Nutzungen für sich zieht (animus rem sibi habendi), sofern sich diese Nutzung als Ausübung eines wirklichen oder angeblichen Rechts charakterisirt: nicht bloß der Eigenthümer, sondern auch der Vasall, der Leibzüchter, der Zinsmann, der Pfandgläubiger können eine Gewere haben. Andererseits ist die Gewere nicht mit dem dinglichen Recht an sich verbunden: der Eigenthümer hat keine Gewere, so lange der Pfandgläubiger das Grundstück in Satzung, der Leibzüchter als Leibzucht besitzt; die Frau, welcher der Mann eine Leibzucht bestellt hat, der Vasall, welchem ein Gedinge geliehen ist, hat keine Gewere, so lange der Mann oder der besitzende Vasall lebt[16]). Es giebt keine eventuelle, keine Gewere zur Anwartung[17]).

Die Gewere ist weder das dingliche Recht, noch mit dem dinglichen Recht überall verbunden[18]), sondern ist die bei verschiedenen

---

[15]) Stobbe S. 436. Die Satzungsgewere wird übrigens nicht so selten in den Quellen erwähnt, als v. Gerber Abhandlungen S. 381 N. glaubt. Außer Magdeb. Fragen I. 6. 8 und der Oestr. Urk. a. 1370 (Stobbe Gewere S. 436 N. 34) vgl. auch die Urkunden bei v. Meibom Pfandrecht S. 341 N. 245, 246; sodann Sächs. Lehnr. 26 § 9: ene rechte gewere gewinnen ... mit sattunge; — phantwere in der Liegnitzer Glosse zum sächs. Lehnr. art. 43 (Homeyer II. 1. S. 360 no. 22). — Urk. v. J. 1280 (in dem Urk.-Buch des Landes ob der Enns III. no. 570): ein Gut in rehter satzung gewer haben. — Ungedr. Bremer Urk. v. J. 1482: in wat weren he dat hedde, wer in erffliker edder in kopes edder in weddeschattes weren. — Dithmarsisches Landr. v. 1567 art. 87 § 13: und wol den Hoff kofft edder in syne pandlyke gewehr nimmt.

[15a]) Neuerdings vertheibigt Sohm Festgabe S. 107 und Kohler pfandrechtliche Forschungen S. 167 f., 178, daß sich in Rücksicht auf den animus das römische Recht von dem deutschen nicht unterscheide.

[16]) Stobbe Gewere S. 454, 463. — Irrig sprechen noch neuerdings v. Meibom in Bekker's Jahrb. IV. S. 459 und Schröder ehel. Güterr. II. 2. S. 220 der Frau bereits bei Lebzeiten des Mannes eine Leibzuchtsgewere zu.

[17]) Wie Duncker Gesammteigenthum S. 55 und Andere glauben.

[18]) Man darf daher auch nicht mit v. Gerber System § 72 sagen, daß der Besitz „als das äußere juristische Normalkennzeichen sachenrechtlicher Befugnisse“ erscheine.

dinglichen Rechten mögliche, gleichmäßige Aeußerung des Rechts[19]). Wer die Sache nicht für sich nutzt, sondern lediglich zum Vortheil eines Andern bewirthschaftet[20]), oder wer sie im eigenen Interesse besitzt, aber von ihr keine Früchte zieht[21]), hat keine Gewere.

6. Haben Mehrere an demselben Grundstück dingliche Rechte, so kann nur Einem von ihnen die Gewere, der juristische Besitz[22]) zustehen[23]). Der Eigenthümer, welcher sein Gut versetzt oder zu Lehn giebt, überträgt die Gewere auf den Satzungsgläubiger oder den Vasallen, und behält nicht etwa neben der Satzungs- oder Lehnsgewere derselben noch eine besondere egenlike gewere; der Vasall, welcher das Gut weiter leiht und auf den unteren Vasallen seine Lehnsgewere überträgt, behält nicht noch weiter die Lehnsgewere. Dingliche Rechte verschiedener Natur können neben einander bestehen, aber die Gewere kommt nur immer Einem zu.

Streitet also der Vasall mit seinem Lehnsherrn, der Pfandgläubiger mit dem Eigenthümer, so kann der Lehnsherr oder Eigenthümer im Prozeß sich nicht den Besitz zuschreiben. Dem widerspricht es nicht, daß, wer die Gewere einem Andern übertragen hat,

---

[19]) Richtig sagt Heusler S. 119: „eine Gewere ist nur möglich, sofern sie sich als Ausübung eines dinglichen Rechts dokumentirt, mag ein solches Recht in Wirklichkeit vorhanden sein oder nicht." — Dem widerspricht aber S. 149: „Immerhin bezeichnen jene Ausdrücke nicht einfach den Besitz, der mit dem entsprechenden animus, sonst aber ohne Rücksicht auf die wirkliche Existenz des fraglichen Rechts geübt wird, sondern geradezu die Gewere, die sich wirklich auf Eigenthum, Belehnung, Satzung, Zinsleihe, Bevormundung gründet." Unzweifelhaft kann doch ein Besitzer, welchem ein Nichteigenthümer das Grundstück aufgelassen hat, die egenlike gewere behaupten, obgleich im Prozeß erwiesen wird, daß er kein Eigenthum erwarb und das Gut dem Eigenthümer herausgeben muß. — Abweichend Planck I. S. 681 f. N. 1.

[20]) So der Verwalter, Heusler S. 117 f.

[21]) So der Miether, Stobbe Gewere S. 459, Heusler S. 119, v. Brünneck in d. Ztschr. der Sav. Stiftung I. S. 152, 153 f.

[22]) Juristischer Besitz soll hier nicht im Sinne von Albrecht (Gewere S. 24) und Andern das Recht ohne thatsächlichen Besitz, sondern den juristisch relevanten Besitz bezeichnen.

[23]) Sächs. Lehnr. 14 § 1: En gut mach maniges herren sin, also dat it en von deme anderen hebbe; doch mut enes die gewere sin. Svie so it in nut unde in gelde hevet unde den tins dar ut nimt . . . die hevet die gewere. Vgl. auch Sächs. Landr. II. 57, Schwäb. Lehnr. 29.

im Prozeß mit einer dritten Person dieser gegenüber den Besitz in Anspruch nehmen kann[24]). Seinem Gegner gegenüber erscheint der Besitz, welchen er einem Andern übertragen hat, als ebenso qualifizirt, wie wenn er ihn durch einen Verwalter oder Miether ausübte[25]).

[24]) Die Quellen behandeln immer den Fall, daß ein unterer Lehnsherr mit dem obern Lehnsherrn streitet und diesem gegenüber die Gewere behauptet.

[25]) Diese Ansicht habe ich, Gewere S. 464 ff. begründet und es stimmen ihr im wesentlichen auch Laband S. 163, 165 und Heusler S. 122 ff., 160 ff. zu. Beide erheben dagegen Widerspruch, daß ich im Anschluß an die N. 23 angeführten und die weiteren von der Lehnsgewere handelnden Stellen dem Lehnsherrn keine eigene selbständige Gewere zuschreibe.

In dieser Beziehung halte ich an meiner früheren Ansicht fest, welcher auch Planck S. 589 N. 9, S. 683 beitritt. Weder wird dem Lehnsherrn irgendwo eine selbständige Gewere gegenüber dem Vasallen zugeschrieben, noch würde für sein Recht das Requisit der Gewere, die Nutzung, vorhanden sein, da sich das Recht auf Lehnsdienste nicht, wie Laband S. 163 und Heusler S. 122, 162 annehmen, als ein in nut u. gelde haben oder die nut upboren charakterisirt. Die Interpretation, welche Heusler S. 132 liefert, befriedigt nicht und enthält überdies das Zugeständniß, daß dem Vasallen gegenüber der Lehnsherr keine Gewere hat.

Mir erscheint es als eine völlig befriedigende Auffassung, wenn wir den Vasallen nach außenhin als Stellvertreter des Herrn im Besitz ansehen; vgl. auch Heusler S. 130 ff., und ich kann mich mit der Formulirung von Heusler S. 130 nicht einverstanden erklären, daß „seine (des Herrn) Gewere vermöge seiner nach außen einzig maßgebenden Nutzung auch vollständig die des untern Berechtigten umfasse." Vgl. gegen diese Fassung auch Laband Rezension S. 394.

Der an sich sehr bestechenden Darstellung von Heusler S. 122 ff. über das Verhältniß mehrerer Gewere neben einander, kann ich nur in soweit zustimmen, als in manchen Quellen dem Zinsherrn nach Landrecht die Gewere zugesprochen wird und daneben in einem andern Rechtskreise, nämlich nach Hofrecht, der Zinsmann die Gewere hat, vgl. S. 51 ff., 125 ff., 133 f., 137 ff., 275 ff. (Laband Rezension S. 391 f. läßt es dahin gestellt, ob der Bauer nach älterm Recht eine eigene vestitura, Gewere, am Zinsgut hatte oder nur als Stellvertreter des Eigenthümers galt; vgl. auch S. 395). Aber ohne quellenmäßige Begründung darf nicht eine analoge Behauptung mit Bezug auf Lehngüter für die Gebiete des Landrechts und des Lehnrechts vertheidigt werden und überhaupt reichen unsere Quellen nicht hin, um mit voller Sicherheit sagen zu können, wie man sich bei Zinsgütern das Verhältniß der Gewere dachte.

Eine Frage, welche Heusler nicht eingehend behandelt, ist die, wer bei einem landrechtlichen Pachtverhältniß die Gewere hatte. Halten wir uns an das Prinzip von der Einheitlichkeit der Gewere, so können wir sie nur dem Pächter zuschreiben und ich bin zu der Annahme geneigt, daß man bei diesem

7. Während das römische Recht nur an wenigen dinglichen Rechten den Besitz und Besitzschutz kennt, nimmt das deutsche Recht des spätern Mittelalters an zahlreichen Rechten eine Gewere an und versteht darunter, daß eine Person sich in der faktischen Ausübung eines Rechts befindet, oft auch mit der Nebenwendung des Gedankens, daß sie zu einer solchen Ausübung berechtigt sei. Wenn man bisweilen die Gewere an Rechten in einem sehr weiten Umfange annahm[26]), so beschränkte man sie doch gewöhnlich auf Rechte, welche gegen die Besitzer eines bestimmten Grundstücks (Reallasten) oder gegen die Einwohner eines bestimmten Bezirks (Herrschaftsrechte) gerichtet sind und dem Berechtigten Einkünfte oder sonstige Vortheile ergeben[27]). Hier besteht ein Besitz, eine Gewere am Recht, ohne daß der Berechtigte nothwendigerweise auch eine Gewere am Grundstück oder Bezirk hätte. So sprach man von einer Gewere an publizistischen Rechten, an der Vogtei, Gerichtsbarkeit, an Zehntberechtigungen, am Zinsrecht, an Renten, Zolleinkünften, Holzlieferungen u. s. w.[28]), überhaupt an

---

sich verhältnißmäßig erst spät entwickelnden Rechtsverhältniß dem Verpächter eine Gewere am Pachtgelde, eine juris possessio zuschrieb, während der Pächter die Gewere am Gut hatte. Urk. a. 1368 (bei Lüntzel die bäuerlichen Lasten im Fürstenth. Hildesheim. 1830. S. 265): die Pächter sagen, daß sie den betreffenden Acker in unsen hebbende weren in nud un in ghelde und in upborende besetten hätten; vgl. auch Augsb. Stadtrecht (Meyer) art. 128 III. — Dagegen will sie dem Pächter absprechen Planck I. S. 589.

[26]) Das Magdeburger Schöffenkollegium behauptet, die vakanten Stellen desselben besetzen zu dürfen; es habe an diesem Recht de were, Magd. Schöffenchronik (Chroniken der deutschen Städte VII) S. 240. — Die Bürger von Naumburg behaupten, daß sie das Recht des ausschließlichen Gerichtsstandes in ihrer Stadt wohl 60 Jahre in rechten geweren gehabt haben, Magd. Sch. U. bei Mühler Rechtshandschriften des Stadtarchivs zu Naumburg. 1838. S. 89. no. 44. — Aehnlich: die Stadt Görlitz hat ein Privileg in recht brauchender habender gewer unnd besitzunge, Magd. Sch. U. bei Neumann S. 144. — Vgl. auch Cölnische Chronik von Gotfrid Hagen V. 2869 (Chroniken der deutschen Städte XII S. 104). — Von einzelnen Forderungen einer Frau wird gesagt, daß sie nicht in des Mannes Geweren gebracht seien, Glogauer Rechtsb. c. 387, vgl. auch Schöffenurth. bei Wasserschleben I. S. 96. no. 150. — Irrig sagt Friedlieb Reallasten S. 167. N. 4, das Gesinde habe eine Gewere an dem ihm zustehenden Lohne.

[27]) Bruns das Recht des Besitzes S. 328 ff., Stobbe Gewere S. 476 f., 478 ff., Heusler S. 274 ff.

[28]) Stobbe Gewere S. 479. — Unbegründet ist Beseler's Ansicht

allen Rechten, welche Objekt eines Lehnsverhältnisses werden konnten. Da ein Lehen ohne Gewere kein rechtes Lehen ist[29]), läßt sich aus der Lehnsfähigkeit zugleich auf die Möglichkeit der Gewere zurückschließen[30]).

Solche Rechte behandelte man nach Analogie der Immobilien; es fand eine Einführung in ihren Besitz statt, sie wurden aufgelassen zu allodialem oder zu Lehnrecht, zu Pfandrecht, Leibgeding u. s. w., es konnte durch Zeitablauf eine rechte Gewere an ihnen entstehen u. s. w.[31]).

Die Fähigkeit des Mittelalters, von dem Recht selbst in Gedanken den Besitz, die Ausübung des Rechts zu trennen, bewirkte, daß man seit der Reception einen Besitz an Rechten soweit annimmt, als das ältere deutsche Recht eine Gewere an ihnen kennt, daß man durch fortgesetzten Besitz derselben ein Recht entstehen und den possessorischen Schutz, den man aus dem römischen Recht kennen lernte, in dem gleichen weiten Umfang bei Rechten eintreten läßt.

§ 73. Fortsetzung.

1. Die Gewere erwirbt, wer den Besitz des Grundstücks erlangt und die Nutzungen desselben zu seinem Vortheil zieht[1]); die Gewere geht verloren durch den Verlust der thatsächlichen Herrschaft, sei es daß der bisherige Besitzer seinen Besitz aufgiebt, sei es daß ihn ein Anderer aus dem Besitz verdrängt[2]).

(§ 80 zu N. 2), daß die Gewere an einem Recht ursprünglich nur in Verbindung mit dem Recht an dem Gut vorkam, auf welches sich das Recht bezog, und erst später eine Gewere am Recht auch ohne unmittelbare Herrschaft über die Sache zulässig war. — Daß der Rentenberechtigte keine Gewere am Grundstück hatte, vgl. unten § 104. N. 16.

[29]) Sächs. Lehnr. 59. § 3, schwäb. Lehnr. 98.

[30]) Ueber die Lehnsfähigkeit der Rechte Homeyer Sachsensp. II. 2. S. 283 ff.

[31]) Vgl. oben I. § 63 S. 527 ff., § 66 S. 558.

[1]) Die Frage, ob die Gewere, der Besitz, bereits mit der Auflassung auf den Erwerber übergeht, und was es bedeutet, wenn die Quellen sagen, daß der Erbe mit dem Gut zugleich die Gewere des Gutes erbe u. s. w., werden wir in anderm Zusammenhange erörtern.

[2]) Stobbe S. 463 f.; die dort vertheidigte Annahme, daß wenn auch die Gewere im Sinne von Besitz verloren sei, doch die Gewere als Recht bestehen bliebe, ist zu berichtigen.

Wenn in manchen spätern Quellen[3]) im Widerspruch damit gesagt wird, der Entwerte behalte seine Gewere für sich, er verliere sie nicht, die Dejektion sei ihm an seiner Gewere unschädlich, so will man damit nur andeuten, daß ihm im Prozeß mit dem Dejicienten zunächst der Besitz zugesprochen und die mit demselben verbundenen prozessualischen Vortheile, besonders in Rücksicht auf seine Stellung im Beweisverfahren vorbehalten würden[4]). Dagegen war man weit entfernt davon, dem dejicirten Nichtbesitzer überhaupt den Besitz in Folge einer Fiktion zuzuschreiben[5]).

2. Der Besitz war von wesentlicher Bedeutung für die Stellung der Parteien im Prozeß. Zunächst galt der Satz, daß derjenige der rechte Beklagte ist, welcher das Gut in seiner Gewere hat. Der Miether, Amtmann, Zinsmann gelten bei landrechtlichen Prozessen nur als Stellvertreter des Eigenthümers, Pfandgläubigers, Leibzüchters u. s. w. im Besitz; gegen die letzteren ist die Klage zu erheben, ebenso wie sie bei Lehnsprozessen gegen den Vasallen zu richten ist, auch wenn er nicht die Detention hat, sondern die Nutzungen durch einen Zinsmann oder Verwalter ziehen läßt[6]).

3. Dem Besitz als solchem war ein selbständiger Schutz versagt; vielmehr wird dem Besitzer oder dem aus dem Besitz Entsetzten der Besitz durch ein Erkenntniß nur dann zugesprochen, wenn er sein Recht auf den Besitz erweist[7]). Wohl aber kann ein posses-

---

[3]) Vgl. Stobbe S. 478; zu ihnen kommt noch Blume v. Magdeb. I. 11.

[4]) Laband S. 184 ff., — ganz ähnlich, wie man schon in älteren Rechtsquellen sagte, daß der dejicirte Vasall, obgleich er nicht besitze, Erbrecht und Folge für sein Lehen sich erhalten könne, wenn er jährlich seine Klage erneuere, Laband S. 302 f., Heusler S. 270 ff.

[5]) Dies ist die Ansicht von Heusler S. 95, 206 ff., 209, 269 ff., welcher in dem deutschen Recht nicht den Gedanken findet (S. 209): „trotz Verlust des corpus geht doch die Gewere nicht verloren, sondern: trotz Dejektion geht das corpus nicht verloren." Vgl. dagegen Laband Rezension S. 411 ff.; „nur in einer ganz bestimmten Richtung, in einem ganz bestimmten rechtlichen Verhältniß und gegen eine ganz bestimmte Person kommen ihm (dem Dejicirten) die Vortheile zu statten, die das Recht den Besitzern zugesteht" (S. 414).

[6]) Heusler S. 220 ff.

[7]) Ueber den Mangel des possessorischen Verfahrens nach älterm deutschen Recht vgl. Duncker Zeitschr. f. deutsch. R. II. 1. S. 190, Homeyer II. 2. S. 407, Bruns Recht des Besitzes S. 285 ff., Delbrück in. d. Zeitschr. f. deutsch. R. XIV. S. 241 f., Laband S. 173 f., Planck I. S. 687 ff.

sorisches Verfahren erforderlich werden, um vorerst festzustellen, wer in dem Prozeß als Besitzer angesehen werden soll[8]).

Doch gilt dieser Mangel des possessorischen Rechtsschutzes nur für Immobilien. Die Klage, mit welcher derjenige, welcher eine Mobilie wider seinen Willen aus seinem Besitz verloren hat, dieselbe vom Besitzer fordert, kann man als possessorisch bezeichnen[9]). Denn er fundirt seine Klage darauf, daß er den Besitz gegen seinen Willen verloren habe, und der Beklagte hat sich bei seinen Einreden auf die Widerlegung des unfreiwilligen Verlustes oder auf die Behauptung zu beschränken, daß die verlorene mit der jetzt geforderten Sache nicht identisch sei. Freilich weicht diese Klage nach zwei Richtungen hin von dem römischen possessorischen Verfahren ab: denn 1) ist sie nicht bloß gegen denjenigen zulässig, welcher den Besitz des Andern aufhob, sondern gegen jeden Detentor, und 2) ist das Verfahren nicht ein bloß provisorisches, auf welches noch ein petitorisches, definitiv entscheidendes nachfolgen könnte, sondern das Erkenntniß spricht die Sache dem Kläger definitiv entweder zu oder ab. Der Kläger beruft sich auf seinen früheren, ihm widerrechtlich verloren gegangenen Besitz; aber der Richter setzt ihn nicht provisorisch wieder in den Besitz ein, sondern erkennt, daß Kläger ein Recht habe, die Sache zu erhalten: denn an einer solchen Sache kann Niemand in der Zwischenzeit ein Recht erworben haben.

4. Die Entscheidung darüber, welche Partei und mit welchen Beweismitteln ihr Recht zu beweisen habe, hing von den Behauptungen der Parteien über den Besitz ab[10]). Der Besitzer kam im allgemeinen zum Beweise seines Rechts, wenn der Kläger dasselbe einfach bestritt oder seinerseits ein Recht behauptete, ohne es bestimmt darzulegen, oder keine Aufstellungen machte, welche geeignet gewesen

---

[8]) Vgl. Schröder in d. Ztschr. f. deutsches Alterth. XIII. S. 161 ff. und in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. VII. S. 131 ff., VIII. S. 163 f. und unten Absatz 5.

[9]) Bruns die Besitzklagen. Weimar. 1874. S. 229: „Insofern wäre die Klage also wirklich rein possessorisch, oder, wenn man so sagen will, rein detentorisch.“ Vgl. das genauere unten im Mobiliarsachenrecht § 146.

[10]) Das Detail gehört nicht hieher. Die erste befriedigende Darstellung der Regeln über den Beweis bei Klagen wegen Immobilien hat Laband vermögensr. Kl. S. 166 ff., 174 ff. geliefert (seine Resultate faßt er kurz zusammen in d. Rezension S. 380 f.), an welchen Heusler S. 72 ff., 224 ff., 254 ff. sich im allgemeinen anschließt; zuletzt Planck I. S. 500 ff.

wären, die Hinfälligkeit des Rechtstitels des Beklagten zu erweisen. Somit war die besitzende Partei in vielen Fällen im Beweise bevorzugt.

Eben darum galt es als billig, daß, wer unrechtmäßig des Besitzes entsetzt ist, nicht der aus dem Besitz sich ergebenden Beweisvortheile verlustig gehe. Konnte daher der Kläger erweisen, daß er von dem Beklagten dejicirt sei, so wurde er vor der Hand in den Besitz eingewiesen, um die Stellung des Besitzers, des Beklagten mit ihren Vortheilen im Prozeß zu genießen, oder es wurde nur einfach ausgesprochen, er solle so behandelt werden, als ob er besitze.

Es ist dies kein dem römischen interdictum recuperandae possessionis entsprechendes selbständiges Verfahren; denn es wird nicht ohne die Behauptung des Klägers eröffnet, daß er ein Recht auf den Besitz habe. Vielmehr ist es ein präparatorisches Verfahren, um dem Kläger die ihm widerrechtlich genommene Position zu gewähren, vermöge deren er den petitorischen Ansprüchen des Dejicienten gegenüber die günstigere Stellung des Besitzers und Beklagten erhält[11]). Nach Wiedereinsetzung des Dejicirten in seinen früheren Besitz war die Erhärtung seines Besitzrechts oft nur eine bloße Förmlichkeit, welche auch unterbleiben konnte, so daß der Prozeß gewissermaßen in einem Vorstadium liegen blieb, ohne darum zu einem rekuperatorischen Interdikt geworden zu sein[12]).

5. Aehnlich stand es in dem Falle, daß beide um ein Recht sich streitende Parteien im Besitz zu sein behaupteten, wie ja ein Zweifel über den gegenwärtigen Besitz bei Gütern von größerem Umfange leicht vorkommen kann[13]). Auch hier wird in einem präparatorischen Verfahren durch Abhören von beiderseitigen Zeugen, durch Befragen der Gemeinde zunächst entschieden, wem während des Prozesses der Besitz, resp. die prozessuale Stellung des beklagten Besitzers zustehen solle[14]). War der Besitz festgestellt, so durfte der

---

[11]) Laband S. 184 ff., Heusler S. 92 ff., 100 ff., 224 ff., 254 ff., 257 ff., 269 ff., Planck I. S. 528 ff., 534 f.

[12]) Laband S. 189.

[13]) Laband S. 183 ff., 203 ff., Stobbe in d. krit. Viertelj. Schr. XI. S. 257 ff.

[14]) Brunner Zeugen- und Inquisitionsbeweis der Karolingischen Zeit (Sep. Abdr. aus den Wiener Sitz. Berichten LI) S. 27 ff., 64 ff., Hasenöhrl Oesterr. Landrecht. 1867. S. 235, Laband S. 219 ff., 229 ff., Heusler S. 258 ff., Planck I. S. 613 ff.

zweite Beweis über das Besitzrecht möglicherweise unterbleiben, da er von der im ersten Verfahren siegreichen Partei leicht zu führen war: so konnte ein petitorischer Prozeß das Ansehen eines lediglich possessorischen Verfahrens erhalten[15]).

6. Doch ging man auch schon während des Mittelalters bisweilen weiter und betrachtete die Besitzentsetzung als Grund, um dem Dejicirten den Besitz wiederzugeben, ohne daß man eine petitorische Klage forderte[16]). Auf diese Behandlung mögen die geistlichen Gerichte von Einfluß gewesen sein, in denen sich schon während des Mittelalters das possessorische Verfahren eingebürgert hatte[17]). Insbesondere entnahm man dem kanonischen Recht[18]) das Prinzip, daß der Dejicirte zunächst auf ebenso lange, als er entwert war, wieder in den Besitz zu setzen sei, und sprach dasselbe in mehreren Landfrieden aus[19]). Eine weitere Ausbildung erlangte das Possessorium erst unter dem Einfluß der italienischen Doktrin (vgl. § 77).

---

[15]) Laband S. 228 f.

[16]) Es scheint, daß eine solche freiere Behandlung zunächst im Königsgericht und im Schiedsgericht Platz griff. Franklin Reichshofgericht I. S. 129 N. 4 macht auf eine interessante Urk. aus d. J. 1260 aufmerksam: abbatissam ex plenitudine consilii nostri in possessionem advocatie sue . . . misimus, ex qua possessione . . . a comite A . . per violentiam fuerat ejecta, et in eadem possessione . . . . abbatissam ab omnibus defendere proposuimus diligenter; volumus enim, quod si prenotatus comes . . . affirmat, se aliquid jus habere in advocatia antefata, in nostra presentia proponat plenam justitiam recepturus. Vgl. auch Schröder in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. VIII. S. 163.

[17]) Ein Besitzprozeß in der Wormser Diözese v. J. 1224 unter Einfluß des fremden Rechts bei Guden cod. dipl. I. p. 136 seqq.; ferner canonische Besitzprozesse auch im C. dipl. Silesiacus I. p. 39 ff., II. p. 36 ff., 42 ff. Vgl. überhaupt Duncker in d. Zeitschr. f. deutsch. R. II. 1. S. 190 ff.

[18]) c. 6, 7 C. III. qu. 2.

[19]) Nicht erst in dem baierischen Landfrieden von 1281 art. 4 (Mon. Germ. LL. II. p. 427), auf welche Bestimmung Bruns Recht des Besitzes S. 326 aufmerksam macht, sondern bereits in dem Landfrieden Ottokar's für Oesterreich um d. J. 1251 (Archiv f. Kunde östr. Gesch. Q. I. 1. S. 59): swer den andern sines gutes entwert, mak der chlager daz bringen selbe dritte . . . . mit dem aeide auf den heiligen, man antwurt im die gwer wider und sol ims [uns] der rihter als lange schermen als si ener gehabt hat, u. swaz er sin gnozzen hat, daz sol er im selbe anderez wider geben. Eine Zusammenstellung von Landfriedensbestimmungen bei Schröder in Haupt's Zeitschr. XIII. S. 161 ff. und bei Hasenöhrl S. 122 N. 38. Baier. Landr. art. 205 (vgl. Bruns S. 327), Münchener Stadtrecht art. 160.

§ 74. Rechte Gewere[1]).

Der Vorzug, welchen der Besitzer im Prozeß genoß, steigerte sich, wenn er ununterbrochenen einjährigen, unbeklagten Besitz behaupten konnte, d. h. wenn er eine rechte Gewere hatte.

Wer ein Grundstück[1a]) Jahr und Tag in seinem Besitz hat oder ein immobiliares Recht Jahr und Tag ausgeübt hat, ist gegen die prozessualische Geltendmachung eines entgegenstehenden Rechts gesichert, wenn derjenige, welcher dasselbe in Anspruch nimmt, trotz seiner Wissenschaft von dem Besitz des Andern und trotz der Möglichkeit zu klagen sein Recht innerhalb Jahr und Tag nicht klageweise geltend gemacht hat: durch den Zeitablauf hat sich die Gewere des Besitzers zur rechten Gewere verstärkt[2]).

---

[1]) Albrecht Gewere S. 99 ff., Stobbe S. 467 ff., Stein deutsches Sachenrecht S. 98 ff., Laband S. 292 ff., G. Sickel de possessione legitima. Berol. 1871, Heusler S. 237 ff., Roth Baier. Privatr. II. § 145, R. Löning der Vertragsbruch I. S. 442 ff., Planck I. S. 627 ff., 633 ff., 641 ff., R. Bewer Sala, Traditio, Vestitura. Rostock 1880. S. 96 ff. — Einzelnes über die rechte Gewere haben wir bereits oben I. § 68 mitgetheilt. Wenngleich diese Lehre streng genommen in einen andern systematischen Zusammenhang, zum Erwerb der Rechte, gehört, glauben wir sie doch hier abhandeln zu sollen, um das jetzt antiquirte Institut nicht aus seinen rechtsgeschichtlichen Beziehungen herauszureißen. — Außerdem aber sind die Anwendungen der rechten Gewere so mannigfaltiger Art, daß sie zweckmäßiger Weise in die einleitende Abtheilung des Sachenrechts gestellt wird.

[1a]) Im Recht von Riga werden die Grundsätze von der rechten Gewere auf Mobilien ausgedehnt. R. v. Riga für Reval c. 15 (Napiersky S. 6): Quicunque habuerit equum vel vestem vel quicquid talium in possessione anno et die et alter veniens dicat, sibi furto vel rapina ablatum fuisse et suum esse, ille, qui habet in possessione, cum duobus vicinis suis propior sit ad optinendum, quam ille, qui dicit se perdidisse; vgl. auch Rig. R. für Hapsal c. 44 u. Stadtr. v. Hapsal c. 41 (Napiersky S. 34).

[2]) In sehr zahlreichen Tiroler und Schweizer Weisthümern nannte man den durch den Zeitablauf geschützten Besitz kurzweg Gewere; vgl. Grimm Weisthümer I. S. 46 § 17, 77 § 27, 28; 58 a. E., 172; IV. S. 283 § 19, 335 § 6, 350 § 18, 393 § 9, 498 § 18; V. S. 194 § 12. Vgl. auch Heusler S. 128 f. — Ueberhaupt kam hier das Wort Gewere zu der Bedeutung Verjährung; z. B. Baseler Gerichtsordnung v. 1539 art. 162e, f, h: wer 15 Jahre besitzt, soll bei seinem Besitz bleiben und soll „sollichs für ein gewer gehalten werden"; für „ein gewer und prescription"; Tiroler Landesordnung von 1573 z. B. II. 51: durch Zeitablauf erlangt man ein gewör, ein genugsame gewör u. Praescription; vgl. auch II. 44; Heusler S. 445, 456 f.

1. Die rechte Gewere ist ein Institut des spätern Mittelalters[3]), welches in den Rechtsbüchern und Stadtrechten besonders ausgebildet ist und noch in einzelne Gesetzgebungen aus dem Anfange der neueren Zeit hinüberspielt[4]). Sie ist für das Rechtsleben des Mittelalters ein viel wichtigeres Institut als die Usukapion für das römische Recht;

---

[3]) Vgl. die Zusammenstellung von Anwendungsfällen einer Verjährung von Jahr und Tag im ältern Recht oben I. § 68 S. 574 ff. — Daß nach altem fränkischen Recht in einzelnen Fällen Rechte an Immobilien in Jahr und Tag verschwiegen werden, ergeben die Quellenstellen I. § 68 N. 18. Ob man aus ihnen schließen darf, daß die rechte Gewere überhaupt dem altfränkischen Recht angehört, ist zweifelhaft; dagegen Heusler Gewere S. 88 ff., dafür Sohm in d. Zeitschr. der Sav. Stift. I. S. 53 ff. und Kohler pfandrechtl. Forschungen S. 24 N. 2. — Daß man im Uebrigen im 11. Jahrhundert nur vereinzelt, häufiger erst seit dem 12. Jahrhundert bei Besitzverhältnissen eine rechte Gewere in Jahr und Tag entstehen ließ, Heusler S. 238 ff. Vgl. auch Schröder Urkk. no. 109 (83). — Ueber Verbreitung des Instituts Sickel p. 13 ff.

In Baiern findet sich die rechte Gewere von Jahr und Tag erst seit dem 12. Jahrhundert (z. B. Augsb. Stadtr. v. 1156 art. IV. 1 bei Gaupp II. S. 204), Merkel in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. II. 162 ff., 170 ff.; daneben galten hier noch andere Fristen, besonders von 10 Jahr und einem Tag, Merkel S. 164 ff., Rockinger im oberbaier. Archiv XXIII. S. 231 ff., 233, 262, in den Abhh. der baier. Ak. 1868. 1. S. 9, 1873. 3. S. 419 ff., 444, welcher letztere ebenso wie Merkel darauf hinweist, daß die Allgemeingültigkeit der Frist von Jahr und Tag in Baiern erst seit dem Landrecht von 1346 datirt, und ganz besonders v. d. Pfordten Studien zu Kaiser Ludwigs Stadt- und Landrechte. 1875 S. 146 ff., 166.

In Oestreich kommt diese Verjährung überhaupt nicht vor, sondern nur die 30-, resp. 31 jährige, Hasenöhrl S. 119—122. — In Bern tritt an die Stelle von Jahr und Tag im spätern Mittelalter die Frist von 10 Jahren, Manuel Verjährung im bernischen Stadtrecht 1876 S. 28, 47.

In manchen Gegenden galt für Landgüter der dreifache Termin, Prager Rechtsbuch 145, 146: für Stadtgüter Jahr und Tag, für Landgüter 3 Jahre und 3 mal 14 Tage. Vgl. weiter die Anführungen bei v. Maurer Einleitung in die Geschichte der Markenverfassung S. 101. N. 97, Merkel II. S. 168. N. 237 und die Elsasser und Schweizer Weisthümer bei Grimm IV. S. 75, 271, 283, 335. § 6, 7, S. 353. § 18, V. S. 70. § 11, 189, 193. § 12, Offnung von Kyburg v. 1433 § 10 (Ztschr. f. schweiz. R. XIX S. 11). Drei Jahre nach dem jütischen Low (v. Stemann schleswig'sche Rechtsgeschichte I. S. 121), in England, Heusler S. 375 u. s. w.

Bei dieser weiten Verbreitung ist die Vermuthung, daß die Frist von 3 Jahren auf römischen Einfluß zurückzuführen ist, wohl unstatthaft.

[4]) Im Hadeler Landrecht II. 11 (Pufendorf I. app. p. 19).

denn sie erstreckt sich auf den weitesten Anwendungskreis, durchdringt Landrecht, Lehnrecht, Stadtrecht und Hofrecht und ist nicht bloß für das Eigenthum, sondern auch für alle sonstigen dinglichen und dinglich-wirksamen Rechte von Bedeutung.

2. Die Voraussetzungen der rechten Gewere sind:

a) daß das entgegenstehende Recht von dem Gegner innerhalb Jahr und Tag oder einer anderweitig normirten Frist trotz der bestehenden Möglichkeit durch Klage nicht geltend gemacht worden ist[5]). Der Anfangspunkt für den Lauf der betreffenden Frist wird je nach den konkreten Verhältnissen verschieden bestimmt. Wer bei einer gerichtlichen Rechtsübertragung zugegen ist und keinen Widerspruch gegen sie laut werden läßt, kann auch später nicht mehr widersprechen; für ihn ist der Besitz des Gegners sofort zu einer rechten Gewere geworden[6]). Wer von dem ihn benachtheiligenden Besitz ohne seine Schuld keine Kunde hatte oder aus rechtlichen Gründen behindert war, Widerspruch zu erheben, muß innerhalb Jahr und Tag nach seiner Wissenschaft oder der Zulässigkeit seines Widerspruchs, der Abwesende in dieser Zeit nach seiner Anwesenheit, der Unmündige in Jahr und Tag nach seiner Mündigkeit Klage erheben[7]);

---

[5]) Laband S. 300 ff., 302 f.

[6]) Wenn auch die Quellen den Ausdruck rechte gewere für diesen Fall nicht brauchen, so treten doch für diese Personen die gleichen Wirkungen wie bei der rechten Gewere ein; ihr Recht ist präkludirt, Laband S. 295 ff., Planck I. S. 628 ff.

[7]) Im Allgemeinen Stobbe Gewere S. 470, Laband S. 295 ff., Planck I. S. 674 ff. In Betreff der Unmündigen Kraut Vormundschaft II. S. 10 ff., 616 ff., Merkel S. 143 ff., Rive Gesch. der Vormundschaft II. 1. S. 35 ff. und unten § 87 N. 28—32. — Töchter sollen das Anfechtungsrecht erst haben innerhalb Jahr und Tag nach ihrer Verheirathung, Wiener Recht bei Schröder ehel. Güterrecht II. 1. S. 210. — Hauskinder dürfen die ohne ihre Genehmigung veräußerten Güter nach einzelnen Quellen erst nach dem Tode des parens ansprechen, Schröder II. 2. S. 148 f., während sie anderwärts dies Recht bereits bei seinen Lebzeiten haben, II. 2. S. 156 N. 34, vgl. auch Sandhaas ehel. Güterrecht S. 337 ff. — Derselbe Gegensatz wiederholt sich, wenn der Mann durch seine Veräußerung Vermögensrechte der Frau verletzt hat. Nach manchen Rechten soll sie innerhalb Jahr und Tag nach der Veräußerung ihren Widerspruch erklären, z. B. Syst. Schöffenr. IV. 1. 40, IV. 2. 69, Saalfelder Statuten bei Kraut § 171 no. 12, Schröder II. 1. S. 121, II. 2. S. 29 f., II. 3. S. 234 N. 21, 254 N. 96, während anderwärts sie erst nach dem Tode des Mannes klagen darf, Stadtr. v. Aachen c. 47 (Lörsch S. 111) Schröder II. 1.

b) daß wer die rechte Gewere behauptet, Jahr und Tag die Gewere des Guts gehabt oder das Recht ausgeübt hat und zwar in dem technischen Sinne des Worts gewere, indem er die Nutzungen für sich gezogen hat oder hat ziehen lassen[8]). Dabei ist es zulässig, daß er, wenn er selbst noch nicht vollständig Jahr und Tag hindurch besitzt, die Zeit seines Vorbesitzers sich zurechnet, falls gegen dessen Besitz seiner Zeit der jetzige Kläger hätte Widerspruch erheben können.

3. Nach den Quellen des Landrechts und zahlreichen Stadtrechten genügt der Besitz an sich, um nach dem Zeitablauf die rechte Gewere entstehen zu lassen[9]), während nach andern Rechten, besonders nach den Quellen des Magdeburger Stadtrechts nur der Besitz zur rechten Gewere führt, welcher durch einen besonders qualifizirten Akt, durch die Auflassung erworben ist[10]): nur wer das Gut Jahr und Tag nach der Auflassung ohne Widerspruch besessen hat, erlangt hier die rechte Gewere.

S. 120 ff., II. 2. S. 14 f., 29, II. 3. S. 253 f., ebenso auch nach normannischem Recht, Brunner Entstehung der Schwurgerichte S. 344. — In Betreff der Abwesenden waren öfter feste längere Fristen (10 Jahre, 30 Jahre) bestimmt, nach deren Ablauf sie überhaupt nicht mehr gehört wurden, selbst wenn Jahr und Tag von ihrer Wissenschaft an noch nicht verstrichen war; eine Anzahl von Stellen citirt Laband S. 298; 9 Jahre nach der Offnung von Kyburg v. 1433 § 11 (Ztschr. f. schweiz. R. XIX S. 11). Bisweilen wird ihr Anspruch als unverjährbar bezeichnet: sie verschweigen sich erst in 100 Jahren und einem Tage, Grimm Weisth. I. 172, 391, 392 (Schweiz und Würtemberg), Tiroler Weisth. II. S. 103 Z. 3 ff.

[8]) Laband S. 292 ff. Planck I. S. 634, 642 f. — Ein Amtmann gewinnt nie eine rechte Gewere.

[9]) Ja selbst bei entschieden unrechtmäßigem Besitzerwerb: z. B. Dithmarsisches Landrecht § 136, wenn Jemand dem anderen to na buwede; ein märkisches Erkenntn. v. 1347 (bei Kühns Gesch. der Gerichtsverfassung in der Mark Brandenburg II. 1867. S. 357 N. 568), wenn er dem Anderen das Gut in einer, allerdings rechtmäßigen Fehde genommen hat.

[10]) Es ist ein Verdienst von Laband S. 303 ff. diesen Gegensatz in der Rechtsentwickelung, auf welchen bereits Unterholzner Verjährung I. S. 69 N. 74, ganz besonders aber v. Martitz ehel. Güterr. des Sachsenspiegels S. 185. N. 10, 11, S. 245 N. 15 aufmerksam gemacht hatte, eingehend nachgewiesen zu haben. Vgl. auch Stobbe in Ihering's Jahrbb. XII. S. 168 ff., 176, 177 f. Planck I. S. 634 ff. — Ueber einzelne Quellen ist Streit, ob sie dieses oder jenes Prinzip befolgen, vgl. Planck I. S. 650 ff. und Sohm in d. Ztschr. der

Während ursprünglich eine rechte Gewere nur bei solchen Rechten eintreten kann, welche sich in dem Besitz des Grundstücks äußern, ist sie nach diesen letztern Quellen auch bei solchen Rechten möglich, welche nicht mit dem Besitz von Grundstücken verbunden oder nicht auf sofortige Besitzübertragung gerichtet sind, z. B. bei Vergabungen von Todes wegen, Leibgeding, neuerer Satzung, Constituirung einer Rente u. s. w.[11]).

Und während bei der ursprünglichen Gestaltung der rechten Gewere die entgegenstehenden Rechte präkludirt werden, weil kein Protest gegen den Besitz erhoben ist, entsteht nach der andern Auffassung die rechte Gewere darum, weil gegen die Entstehung des Rechts durch Auflassung kein Widerspruch geltend gemacht ist und die Aufforderung des Richters zur Einsprache in der betreffenden Zeit keine Beachtung gefunden hat[12]).

4. Die Wirkungen der rechten Gewere sind theils prozessualische, theils materielle. In ersterer Beziehung braucht sich, wer jährigen ruhigen Besitz erwiesen hat, zum Beweise seines Rechtes nicht mehr auf seinen Auktor zu berufen, sondern kann dem Gegner gegenüber den rechtmäßigen Erwerb seines Rechts durch seinen alleinigen Eid beschwören[13]). In letzterer Beziehung werden durch den Zeitablauf alle diejenigen Rechte zerstört, deren Durchführung dem Besitzer den nutzbaren Besitz des Grundstücks oder das betreffende Recht entziehen würde[14]). Es geht innerhalb Jahr und Tag nicht bloß das Recht des Eigenthümers, dessen Grundstück unrechtmäßiger Weise ein An-

Sav. Stift. I. S. 53 ff., besonders S. 57 N. 87. — Von der Darlegung des Details ist hier abzusehen und in Betreff der Erwerbung der rechten Gewere an den einzelnen dinglichen Rechten auf die Darstellung derselben in den folgenden Kapiteln zu verweisen. — Zu den vielen von Laband dafür angeführten Stellen, daß es nach den meisten Rechten der Auflassung nicht bedurfte, kann noch auf die oben in N. 2 citirten Weisthümer verwiesen werden. Ueber Würtemberg vgl. auch Reyscher I. § 132 N. 2.

[11]) Laband S. 321, Planck I. S. 634 f.

[12]) Laband S. 319 ff., Planck I. S. 635. — Darum ist auch der Satz von Heusler S. 242 f. zu beschränken, daß eine rechte Gewere auf Grund bloßer Auflassung ohne Besitzübertragung unmöglich gewesen sei, und darf man auch nicht mit ihm S. 243 allgemein behaupten, daß durch den Gebrauch der Auflassung zu den bisherigen Requisiten der rechten Gewere ein neues hinzugefügt sei.

[13]) Vgl. darüber eingehend Laband S. 336 ff.

[14]) Stobbe S. 475 f., Laband S. 321 ff., Planck I. S. 628 ff., 636 ff.

derer veräußert hat, das Beispruchsrecht und der Retrakt der Erben, das Recht der Gläubiger Veräußerungen ihres Schuldners anzufechten, das Widerspruchsrecht des Lehnsherrn, gegen dessen Willen der Vasall das Gut veräußert hat, verloren; selbst neuere Satzungsrechte gehen unter, so daß, wenn der Schuldner das verpfändete Gut veräußert, ohne dem Erwerber von dem bestehenden Pfandrecht Mittheilung zu machen, der Gläubiger dasselbe nach Jahr und Tag in der dritten Hand nicht mehr beanspruchen kann[15]).

In der Kasuistik unserer Rechtsquellen bleibt hier manches zweifelhaft oder schwankend. Auch schon während des Mittelalters beginnt man die Wirkungen der rechten Gewere abzuschwächen und läßt nicht alle mit dem Besitz des Andern unvereinbaren Rechte durch den Zeitablauf zerstört werden, sondern bringt das mit den reinen Grundsätzen von der rechten Gewere unverträgliche Prinzip zur Anwendung, daß der Besitz nicht durch den Zeitablauf von Jahr und Tag unanfechtbar werde, sondern daß die Sicherheit des Besitzes von der Unanfechtbarkeit des zu Grunde liegenden Rechts, insbesondere davon abhängig sei, daß er auf ordnungsmäßigem Wege und von Seiten eines materiell Berechtigten übertragen sei[16]).

5. Die rechte Gewere ist keine erwerbende Verjährung und darf nicht der Usukapion des römischen Rechts gleichgestellt werden[17]). Denn durch den Zeitablauf wird nicht aus einem Faktum ein Recht, sondern es wird der Anfechtungen ausgesetzte Besitz oder Rechtserwerb zu einem unanfechtbaren. War z. B. der Veräußerer nicht Eigenthümer oder hatte er bei der Veräußerung seine nächsten Erben nicht um ihre Einwilligung befragt, so konnte der Erwerber binnen Jahr und Tag zur Herausgabe des Grundstücks an den Eigenthümer, resp. an die nicht einwilligenden Erben angehalten werden. Unterbleibt aber innerhalb dieser Zeit die Klage, so entsteht nicht etwa, um das erste Beispiel festzuhalten, aus dem faktischen Besitz des Erwerbers Eigenthum, sondern der Erwerber, welcher bisher die

---

[15]) Laband S. 326 N. 94; vgl. unten § 107 N. 17 f.

[16]) Um diesen Punkt auszuführen, würde eine mehr monographische Behandlung erforderlich sein.

[17]) Stobbe S. 467 f., Baumeister Hamb. Privatr. I. S. 69 ff. — Daß die rechte Gewere weder der Usucapio noch der Praescriptio gleichzustellen sei, Laband S. 352, Heusler S. 252—254.

Sache wie ein Eigenthümer genutzt und die egenlike gewere ausgeübt hat, darf ohne Furcht vor späteren Anfechtungen den Besitz wie ein Eigenthümer auch weiter ausüben; er hat die rechte Gewere erlangt. Wenngleich er wegen des mangelhaften Rechts seines Auktor nicht Eigenthümer werden konnte, so steht doch praktisch sein Recht dem Eigenthum gleich.

Aber diese Wirkung tritt nicht allgemein, sondern nur denjenigen Personen gegenüber ein, in Betreff deren seine Gewere zur rechten geworden ist. Wenn z. B. der Veräußerer zwei Erben hat, von denen der eine anwesend ist und um die Veräußerung weiß, während der andere abwesend oder minderjährig ist, so ist der Erwerb dessen, welchem das Gut ohne Genehmigung dieser Erben übertragen wurde, nach Jahr und Tag nur dem Anwesenden gegenüber gesichert, ihm gegenüber besteht eine rechte Gewere. Aber von Seiten des Abwesenden oder Unmündigen kann noch Jahr und Tag nach seiner Anwesenheit oder erreichten Mündigkeit die actio revocatoria angestellt werden. Die nach der einen Seite hin rechte Gewere besitzt diese Eigenschaft nach der andern Seite noch nicht. Die rechte Gewere hat also eine nur relative Bedeutung[18]); sie sichert nur gegen Klagen einzelner Personen, verschafft aber kein materielles Recht.

§ 75. Der Besitz des neueren Rechts[1]).

1. Während die rechtlichen Folgen des Besitzes im ältern Recht sich wesentlich darauf beschränkten, daß nach ihm das Beweisrecht normirt wurde und daß der unangefochtene längere Besitz gegen die Geltendmachung entgegenstehender Rechte sicherte und den Besitzer sein Recht einfach beschwören ließ, wurde mit der Reception in unser Recht die erwerbende Verjährung und der Besitzschutz eingeführt, so wie ihn das römische Recht besaß und das italienische Recht unter Einwirkung des kanonischen durch Praxis und Doktrin ausgebildet hatte.

---

[18]) Diese Relativität zeigt sich auch darin, daß, wenn der ruhige Besitz durch Klage von Seiten des A. unterbrochen ist, die Entstehung der rechten Gewere dem B. gegenüber nicht gehindert wird, Laband S. 302.

[1]) v. Savigny das Recht des Besitzes. 7. Aufl. herausgeg. v. Rudorff Wien 1865. — Duncker über den Quasibesitz der auf Grund und Boden radicirten eigenthümlichen deutschen Rechte und den possessorischen Schutz der-

Die alten Grundsätze über die Gewere verloren an Bedeutung, weil mit der völligen Umwandlung des Prozesses und Beweisverfahrens jene Beweisregeln unhaltbar geworden waren. Dagegen war die Aufnahme des Besitzschutzes durch die geistlichen Gerichte vorbereitet; er konnte, da die Gesetzbücher der Receptionsperiode keine eingehendern oder selbständigen Vorschriften über ihn enthielten, ohne weiteres in seiner römisch-kanonischen Gestaltung in die gemeinrechtliche Praxis übergehen. Und als dann seit dem 18. Jahrhundert ausführliche Codifikationen ausgearbeitet wurden, war es selbstverständlich, daß sie sich an die in der Wissenschaft und Praxis herrschenden Auffassungen anschlossen[2]).

2. Der Begriff des Besitzes selbst, wie er im römischen Recht enthalten ist, erfuhr unter dem Einfluß deutscher Auffassungen, welche

---

selben, in d. Ztschr. f. deutsch. R. II. 2. S. 26—114. — Bruns das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tüb. 1848; der ältere Besitz und das Possessorium ordinarium, in Bekker's Jahrb. IV. S. 1—109; die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts. Weimar 1874. — Delbrück die dingliche Klage des deutschen Rechts. Leipzig 1857. — Rüttimann die Lehre von dem Besitze nach den privatrechtl. Gesetzbüchern der Schweiz, in der Zeitschr. f. schweizer. R. VIII. 1860. Abhandlungen S. 3—84. — Randa der Besitz nach österr. Recht mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts, des preußischen, französischen und sächsischen Gesetzbuchs. Leipzig 1865 (dazu Arndts in der krit. Viertelj. Schr. VIII. S. 378—393), 3. Aufl. 1879. — v. Ihering Beiträge zur Lehre vom Besitz, in s. Jahrb. IX. S. 1—196 (auch besonders, unter dem Titel: über den Grund des Besitzesschutzes. 2. Aufl. 1869). — Reinh. Schmid über die Natur des Besitzes, in d. krit. Viertelj. Schr. XII. S. 63—85. — Heusler Gewere 1872. — Hauser der Rechtscharakter des Besitzes und die rechtsgeschäftlichen Besitzesmomente, in s. Zeitschr. f. Reichs- und Landesrecht I. 1. 1873. S. 28—49. — Meischeider Besitz und Besitzschutz. Berl. 1876. — Bekker das Recht des Besitzes bei den Römern. Leipz. 1880. — Seitz das heutige positive und nationale Besitzrecht in seiner Unabhängigkeit von der römischen possessio. Berl. u. Leipz. 1880.

Windscheid Pandekten I. § 148—164. — Falck schlesw. h. Privatr. IV. S. 43—66. — Zachariä franz. Civilr. I. § 184—192. — Koch Preuß. Privatr. I. § 165—185. — Förster III. § 157—162. — Dernburg I. § 148—162. — Roth baier. Privatr. II. § 129—134. — Platner Sachenrecht mit besonderer Rücksicht auf das frühere Kurfürstenthum Hessen. 1875. § 5, 6. — Ueber das österreichische Recht vgl. auch Heyßler das possessorium summariissimum und das possessorium ordinarium des österr. Rechts, in Grünhut's Ztschr. VII. S. 46—81.

[2]) Heusler S. 452 ff., 462 ff.

sich auch in den romanischen Ländern geltend machten, einzelne Umwandlungen. Der deutsche Besitzbegriff war nicht spurlos aus der Welt verschwunden, wie sich ja auch das Wort Gewere in den deutschen Quellen bis in den Anfang des 17. Jahrhunderts hinein erhielt, neben welchem dann die Worte Besitz, Besess, Possession, u. s. w. gebraucht wurden[3]).

3. Das römische Recht erklärt nur denjenigen für einen Besitzer, welcher den animus domini hat (vgl. auch § 72 N. 15[a])); nur wer die Sache wie ein Eigenthümer haben will, besitzt. Davon werden aus historischen Gründen einzelne Ausnahmen gemacht, indem man auch dem Faustpfandgläubiger, dem Prekaristen und Sequester den abgeleiteten Besitz zuschrieb[4]) und die Interdikte ertheilte. Personen, welche die Sache in ihrer Gewalt haben mit der Absicht, sie nicht zu Eigenthum, sondern zu ihrem sonstigen Vortheil zu detiniren, galten nicht als Besitzer, sondern als Stellvertreter des Eigenthümers im Besitz: der Eigenthümer besitzt durch Vermittlung des Pächters, des Usufruktuars u. s. w.

Das deutsche Recht hatte die Gewere demjenigen zugeschrieben, welcher die Nutzungen der Sache für sich zog, und jeden für einen Besitzer erklärt, welcher die Sache in eignem Interesse nutzte. Es verlangte nicht den animus domini, sondern begnügte sich mit dem animus sibi habendi, so daß eine Reihe von Personen, welche nach römischem Recht Stellvertreter im Besitz des Eigenthümers waren, nach deutschem Recht als wirkliche Besitzer galten.

Diese Auffassung wurde in der romanistischen Literatur von Einfluß und fand auch in den Partikularrechten Eingang[5]). Zur Zeit der Reception nahm man unbedenklich in Fällen, in welchen jemand nach Auffassung der Römer die Sache detinirt, aber einen Besitz an dem betreffenden Recht hat, einen Besitz an der Sache selbst an und behandelte z. B. in den Fällen des sog. dominium

---

[3]) Heusler S. 444—446.

[4]) Ueber den Umkreis des abgeleiteten Besitzes bestehen bekannterweise Controversen, indem Einzelne ihn auch dem Emphyteuta und Superficiar zuschreiben; vgl. darüber Windscheid I. § 154 N. 7, Bruns Recht des Besitzes S. 413.

[5]) Man darf daher die Auffassungen des Baierischen und Preußischen Landrechts (vgl. unten N. 11, 12) nicht aus bloßen Mißverständnissen der römischen civilis und naturalis possessio herleiten.

utile den Nutznießer als Besitzer[6]). Die Grenze zwischen detentio und possessio, zwischen Gewahrsam oder Innehaben und Besitz (Besitz im juristischen, eigentlichen Sinne) wurde sehr mannigfaltig bestimmt, wie ja auch der gemeine Sprachgebrauch das Wort Besitz in schwankender Bedeutung nimmt, bald um das Recht an der Sache[7]), bald um das faktische, innerlich sehr verschiedene Verhältniß der Person zur Sache zu bezeichnen und wie es uns ja auch schwer fällt, Besitz in der juristischen Terminologie nur immer als Eigenthumsbesitz zu nehmen. Daher entbrannte lebhaft der Streit darüber, ob man für das neuere, das praktische Recht im Anschluß an das römische Recht den animus domini fordern oder sich mit dem animus sibi habendi begnügen solle[8]).

4. Die Gesetzbücher aus der Zeit der Reception sprechen sich über den Umfang des Sachbesitzes nicht aus[9]). Von den neueren

---

[6]) z. B. führt die Wormser Reformation V. 2 tit. 2 den Gegensatz zwischen Emphyteuse und einfacher conductio auch dahin aus, daß der Emphyteuta besitze, der Pächter aber nicht besitze (vgl. N. 9).

[7]) Windscheid § 148 N. 2 nennt es „eine Unart der Sprache des Lebens, daß sie gern Besitz sagt, wo sie Eigenthum meint."

[8]) Vgl. über die Controverse unter den Glossatoren Bruns R. d. Bes. S. 105 f. und in der neueren Zeit Bruns S. 413 f., Randa § 1 N. 17, Meischeider S. 114 ff. De lege ferenda und vom Standpunkt der Philosophie tritt Bruns S. 467 ff. dafür ein, daß man den animus domini fordern solle; wer eine Sache sonst zu seinem Vortheil benütze, detinire dieselbe, könne aber möglicherweise ein Recht an der Sache besitzen; umgekehrt tritt Bekker S. 393 f. für den animus rem sibi habendi ein. — Theilweise anders bestimmt Heusler S. 463 ff. den Umkreis des Sachenbesitzes.

Besonders bestritten ist, ob man dem Pächter und Miether Besitz zuschreiben soll und es ist diese Frage nach den Partikularrechten verschieden zu beantworten. Gegen ihren Besitz erklärt sich besonders lebhaft Heusler S. 464 ff. Nach seiner allgemeinen Theorie von Gewere müßte er dem Pächter und Usufruktuar die Gewere zuschreiben, und wir sollten nach dem Lobe, welches er dem deutschen Gewerebegriff ertheilt (S. 109), erwarten, daß er auch im neueren Recht den Pächter für einen Besitzer erklären würde. Aber er unterläßt es, seine Ansicht über den Pächter nach älterm Recht zu entwickeln und die Bemerkungen auf S. 462 über den Gegensatz von bloß obligatorisch und von dinglich berechtigten Pächtern entbehren der Bestimmtheit. — Vgl. übrigens auch unten § 77 N. 27—30.

[9]) Wormser Reform. V. Theil 2 Tit. 2 sagt: „der Erbbestender (emphyteuta) besitzt natürlich das bestandene Gut, aber der conductor besitzt nit."

Codifikationen halten das französische, östreichische und das sächsische und der baierische Entwurf das Requisit des animus domini aufrecht[10]).

Dagegen erklärt der Cod. Max. Bav. II. 5. § 1 „Besitz oder Innehaben“ für den „Zustand, da man eine Sache mit der Absicht, solche für sich zu haben (animo sibi habendi) in seiner Gewalt und Gewahrsame hat,“ während eine bloße Detention vorhanden sei, wenn die Absicht fehle, sie „für sich oder die Seinige zu behalten“ (§ 2)[11]). Ebenso wird nach dem Preuß. Landrecht[12]) (I. 7. § 3) derjenige Besitzer genannt, welcher eine Sache „in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, unmittelbar oder durch andere, in seinen Gewahrsam nimmt.“ Dasselbe unterscheidet weiter (§§ 6 und 7) zwischen vollständigem und unvollständigem Besitzer; jener besitze die Sache als seine eigene (also wie der römische Besitzer), dieser als fremdes Eigenthum, aber mit der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen. Der unvollständige Besitzer sei aber vollständiger Besitzer des Rechts, welches er sich an der Sache anmaßt (§ 9), so daß mit dem Besitz der Sache zugleich ein Besitz des Rechts konkurrirt. Daher erscheint der Miether und der Pächter, der Commodatar u. s. w. sowohl als (unvollständiger) Besitzer der Sache, wie als Besitzer eines Rechts. Daneben aber besitzt auch der Vermiether, Verpächter, Commodant, indem er seinen Besitz durch seinen Contrahenten ausübt (§§ 124, 125).

Das Baden'sche Landrecht (art. 543[b]) nimmt Besitz bei dem Vorsatz an, Verfügungen über die Sache „in eigenem Namen und

---

10) Code civil art. 2230: pour soi et à titre de propriétaire (Bruns S. 444 f.). — Oestr. G. B. § 309: „Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsame hat, heißt ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer“ (Bruns S. 458, Randa § 1 S. 12 ff.). — Sächs. Ges. B. § 186: „Wer eine Sache thatsächlich in seiner Macht hat, ist Inhaber, und wenn er den Willen hat, an der Sache für sich Eigenthum auszuüben, Besitzer derselben“; § 194. Dagegen sagt § 208: „Die Besitzklage steht auch dem zu, welcher eine Sache zur Benutzung oder zum Zwecke seiner Sicherung inne hat.“ — Baier. Entw. III. 1. art. 1: „Der Besitz einer Sache wird erworben durch Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache mit dem Willen, dieselbe wie ein Eigenthümer für sich zu haben.“

11) Vgl. auch § 5. Bruns S. 427 ff., Heusler S. 451.

12) Bruns S. 434 ff.

nach eigener Willkür zu machen," eine Bestimmung, welche dem animus domini des Code widerspricht[13]).

Das Berner Civilgesetzbuch (Satz 349) sagt: „Die physische Möglichkeit über eine Sache zu verfügen, heißt Inhabung, nur wenn sie mit der Absicht verbunden ist, die Sache auf irgend eine Weise zu dem Seinen zu zählen, Besitz" [13a]). Auch das Züricher Gesetzbuch § 488 begnügt sich mit dem Willen, die Macht über die Sache „in eigenem Interesse zu üben" und nimmt § 490 einen Besitz des Nießbrauchers, Faustpfandgläubigers, Pächters und Miethers an. Weit über jedes praktische Bedürfniß geht § 492 hinaus: „Der Besitz eines Grundstückes oder einer Wohnung zieht in der Regel den Besitz der beweglichen Sachen nach sich, welche in den Bereich des Grundstückes oder der Wohnung kommen und um dessen willen in die Macht des Besitzers dieser Liegenschaften gerathen" [14]).

Wo bloß der animus sibi habendi gefordert wird, da konnte man mehreren Personen an derselben Sache Besitz von verschiedenem Inhalt zuschreiben, indem man den Einen als possessor civilis, den Andern als naturalis possessor behandelte und jenen durch diesen seinen Besitz ausüben ließ[15]).

5. Somit fehlt dem neueren Recht sowohl die Einheitlichkeit des Besitzbegriffs, als auch die Gleichmäßigkeit des Besitzschutzes. Indessen geht trotz der Verschiedenheit in der Umgrenzung des Kreises des Sachenbesitzes das praktische Resultat nicht so weit auseinander, weil das neuere Recht den Besitz an Rechten in ausgedehnterem Maße anerkennt, als das römische, und daher Partikularrechte, welche den animus domini fordern, in solchen Fällen, in denen andere Gesetzgebungen bereits den Besitz der Sache annehmen,

---

13) Bruns S. 453 f.

13a) Ueber den Sinn dieser Bestimmung König Bernische Civilgesetze II. S. 37 f.

14) Es scheint hier die Ansicht von Albrecht (vgl. oben § 72 N. 8) nachzuwirken, daß die Gewere an Immobilien die Gewere an den sich auf ihnen befindenden Mobilien nach sich ziehe.

Falck IV. S. 45 f., 47 nimmt für sein Partikularrecht Besitz bei jedem Innehaben von Sachen, bei der einfachen faktischen Detention an, ohne daß der animus possidendi in Betracht komme.

15) Vgl. über die ältere italienische und spätere deutsche Theorie, welche sowohl dem Vasallen und dem Emphyteuta als dem Lehns- und Zinsherrn den

dem Detentor wenigstens den Besitz eines Rechts an der Sache zuschreiben[16]).

Andererseits halten aber auch die Codifikationen ihre Begriffsbestimmung von Besitz nicht strenge fest, sondern ordnen theilweise in prinziploser Weise auch da den Besitzschutz an, wo nach ihrer Definition gar kein Besitz, sondern bloße Detention vorhanden ist. Daher kommt es für sie weniger auf die Definition des Besitzes, als vielmehr auf ihre Normen über die Fälle des Besitzschutzes an.

§ 76. Der Besitz von Rechten.

Während das römische Recht einen Besitz an Rechten nur mit Bezug auf Servituten, Emphyteuse und Superficies annimmt, kennt das deutsche Recht ihn in viel größerem Umfange: nicht bloß wenn ein Grundstück besessen und genutzt wird[1]), sondern auch in den Fällen, in welchen nach älterm deutschen Recht eine Gewere am Recht besteht, bei Reallasten und Herrschaftsrechten gegen die Besitzer bestimmter Grundstücke oder gegen die Einwohner eines bestimmten Bezirks.

Das kanonische Recht, die romanistische und kanonistische ältere Literatur war darüber noch hinausgegangen[2]). Nach kanonischem Recht giebt es nicht bloß einen Besitz an Diöcesanrechten, an kirchlichen und weltlichen Hoheitsrechten über Gemeinden, Kirchen, Gegenden, ganze Länder, an Benefizien und Aemtern, am Patronatrecht, an Regalien, Reallasten, Zehnten, sondern man betrachtete auch das gegenseitige Recht der Ehegatten als ein Objekt des Besitzes[3]), ja warf sogar die Frage auf, ob nicht auch ein Besitz an rein persönlichen Obligationen möglich sei[4]).

Besitz zuschrieb, Heusler S. 299 ff., 447 ff., 454. Ueber das neuere Recht daselbst S. 463.

[16]) z. B. nach Oestr. R., nach welchem neben dem Sachbesitz des Eigenthümers ein Rechtsbesitz des Inhabers bestehen kann, Randa § 1 S. 20.

[1]) Fälle, in denen das ältere Recht eine Gewere am Grundstück selbst annimmt.

[2]) Ueber die Ausdehnung der juris quasi possessio bei Romanisten Bruns S. 121 ff., 274 ff., und im kanonischen Recht S. 129 ff., 171 f., 185 ff., 237 ff.

[3]) Bereits im 12. Jahrhundert, Bruns S. 171, 191, 239. — Duncker S. 53 f. wollte ihn für das kanonische Recht leugnen.

[4]) Bruns S. 242; vgl. auch S. 277 f., 384, 407 f.

In ähnlicher Weise verließ die Lehre der Romanisten und die von ihr beeinflußte Praxis und Gesetzgebung den Gesichtspunkt der dinglichen Radicirung und erklärte den Besitz an Familien-, an Standes- und Ehrenrechten für möglich. In diesem weiten Umfange kam der Besitz an Rechten seit der Reception in Deutschland zur Geltung[5]). Auch die neuere Praxis und Literatur[6]) geht über das römische Recht hinaus, sei es daß sie dem altdeutschen Prinzip gemäß Besitz nur bei den auf Grund und Boden radicirten Rechten annimmt, sei es daß sie die weite Ausdehnung der kanonistischen und romanistischen ältern Doktrin in höherem oder geringerem Maße konservirt[7]).

Von den Gesetzbüchern nimmt das baierische und das französische den Besitz an allen Rechten an, bei welchen er denkbar ist, d. h. bei welchen eine fortgesetzte, wiederholte Ausübung möglich ist[8]); das preußische und das österreichische Gesetzbuch an allen Vermögensrechten, soweit sie nicht durch die Ausübung erlöschen[9]). Eingeschränkter behandelt ihn der baierische Entwurf[10]). Das sächsische Gesetzbuch schließt sich auch hier an das römische Recht an, läßt ihn nur bei Servituten und der Emphyteuse zu und schließt ihn bei den Reallasten geradezu aus[11]). Wo nun die Frage nach dem Umfang des Besitzes an Rechten weder durch Gesetz, noch durch Gewohnheitsrecht oder eine feste Praxis geregelt ist, empfiehlt es sich, denselben nicht über den durch das römische Recht und den durch die Gewere des ältern

---

[5]) Bruns S. 383 f., 406 f. — Duncker S. 37 ff. hat sich bei seinem Nachweis für Deutschland wesentlich auf Urkunden gestützt, welche kirchliche Verhältnisse zum Gegenstande haben, Bruns S. 329 N. 1.

[6]) Bruns S. 421.

[7]) Vgl. die Citate aus Seuffert's Archiv bei Windscheid II. § 464 N. 5; rechtshistorisches über Oestreich bei Randa § 24 S. 536 ff.

[8]) C. Max. Bav. II. 5. § 2, auch bei Zustandsrechten I. 3. § 4, Bruns S. 426. — Code civil art. 322, 323.

[9]) Ueber Preußen Bruns S. 432 ff., Förster III. § 159, Dernburg I. § 160. — Ueber Oestreich (Ges. B. § 311, 313) Bruns S. 457 f., Randa § 24 S. 517 ff.

[10]) III. 1. art. 42: „an . . Rechten, welche eine fortdauernde oder sich wiederholende Ausübung zulassen, sie mögen mit dem Besitze einer Liegenschaft verbunden sein oder nicht, — mit Ausschluß aller aus Schuld- oder Familienverhältnissen entspringenden persönlichen Rechte."

[11]) § 512, 530, 602, Schmidt S. 155.

deutschen Rechts festgestellten Kreis hinaus auszudehnen[12]). Insbesondere liegt kein praktisches Bedürfniß vor, weder aus dem Gesichtspunkt des possessorischen Schutzes, noch aus dem der Verjährung, um auch an ehelichen und sonstigen Familienrechten und an persönlichen Forderungen, besonders an der Verpflichtung zu einfachen Zinszahlungen den Besitz anzuerkennen. Ein Besitz ist also nur anzunehmen bei den jura in re aliena[13]) und bei den Vermögensrechten, welche auf dauernden persönlichen Herrschaftsverhältnissen beruhen[14]) oder auf Grund und Boden radicirt sind[15]). Da diese letzteren Rechte selbst eine immer geringere Geltung im Recht der Gegenwart haben, so nähert sich der Rechtsbesitz mit Bezug auf den Kreis seiner Anwendung den Grundsätzen des römischen Rechts.

§ 77. Schutz des Besitzes.

1. Indem wir für die Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes im allgemeinen auf die Sätze des Pandektenrechts verweisen, heben wir hier nur den einen, für die Behandlung des Besitzschutzes wichtigen Punkt hervor, daß sich öfter die Anschauung findet, der Besitz gehe durch Dejektion nicht verloren.

---

[12]) Vgl. über die verschiedenen Ansichten Bruns S. 420 ff. und die eigne Ausführung von Bruns S. 479 ff.; Heusler S. 469.

[13]) Am Pfandrecht ist ein Besitz nur anzunehmen, wenn es als Faustpfand erscheint, Bruns S. 480 f.; je nach den verschiedenen Gesichtspunkten wird dann bald Sachbesitz, bald Rechtsbesitz angenommen.

Wo nach dem modernen Recht der Miether ein dingliches Recht hat, wird man ihm auch den Rechtsbesitz zuzuschreiben haben, falls man sich nicht entschließt, ihm in Folge seines animus rem sibi habendi auch den Besitz an der Sache selbst zuzugestehen; Roth II. § 130 N. 51, Bruns Besitzklagen S. 240 ff. Vgl. auch oben § 75 N. 8.

[14]) Abgaben der Unterthanen, der Pfarreingesessenen u. s. w. Z. B. Seuffert IX. no. 126 (Darmstadt): Abgaben der sämmtlichen Gemeindeeingesessenen, welche Schulkinder haben, an die Schule; XVI. no. 5 (Dresden): Leistungsverhältnisse fortlaufender Natur zwischen juristischen Personen. Vgl. auch VII. 269 (Jena) und XII. no. 340 (Darmst.). — Den Besitz an Abgaben der Angehörigen eines bestimmten Bezirks leugnet Seuffert I. no. 223 (Stuttg.).

[15]) Reallasten, Renten, Retrakt; vgl. darüber unten bei diesen Rechtsinstituten; außerdem auch Seuffert XIV. no. 111 (Kiel).

Manche Gerichte gehen weiter: Besitzgrundsätze für das Amt des Staats- und Kirchendieners Seuffert I. no. 61; III. no. 99 (Kassel); XIII. no. 32

Wenn der Besitzer in Folge davon, daß ein Anderer das Grundstück okkupirte, die Möglichkeit verloren hat, auf die Sache nach Belieben einzuwirken, nahm das römische Recht an, daß der Dejicirte als aus dem Besitz gesetzt erst anzusehen sei, nachdem er den Verlust erfahren hat. In der That können große Grundstücke von Andern theilweise okkupirt sein, ohne daß es sofort der Besitzer erfährt, und es kann im konkreten Fall zweifelhaft sein, ob der Besitz bloß gestört oder verloren gegangen ist[1]). Daraus entwickelte sich in der italienischen Literatur die Ansicht, daß der Dejicirte überhaupt den Besitz nicht verliere, so lange er sich nicht als dejicirt ansieht: er halte animo den Besitz fest[2]). Sie fand auch in Deutschland Eingang[3]). Von den neueren Partikularrechten sind die meisten zum römischen Standpunkt zurückgekehrt[4]), während das preußische Recht den Besitz erst verloren geht läßt, nachdem der Andere die aus dem Gewahrsam

(Darmst.); für Familien- und Statusrechte IV. 120 (Darmstadt); vgl. auch über die Hessische Praxis Roth Kurh. Privatr. I. S. 344 N. 14, 15.

Bruns S. 483 ff. hat philosophisch den Besitz bei Personenrechten gerechtfertigt; für denselben tritt auch Falck IV. S. 49 ein. — Windscheid II. § 464 N. 4 erklärt prinzipiell den Besitz für möglich bei Obligationen, welche eine dauernde Ausübung zulassen. — Gegen den Besitz von Personenzustandsrechten und Obligationen erklärt sich für das preuß. Recht Förster III. § 159 nach N. 15; vgl. auch Unger östr. Priv. R. I. S. 546 N. 25. — In weitem Umfange vertheidigt den Rechtsbesitz Roth bair. Civilr. II. § 130 II. 2, wo sich auch zahlreiche Nachweisungen über Literatur und Praxis finden. — Randa § 24 S. 539 ff. erklärt sich gleichfalls zu Gunsten des Besitzes von obligatorischen Rechten, welche eine wiederholte Ausübung gestatten, leugnet aber § 24 S. 553 den Besitz an dem Recht auf die Zinsen eines Kapitals, für welchen sich dagegen Arndts S. 387 ausspricht.

[1]) Bruns in Bekker's Jahrb. IV. S. 49, 66 f.

[2]) Bruns Recht des Besitzes S. 260 ff., in Bekker's Jahrb. IV. S. 46 ff., Delbrück dingl. Klage S. 103 ff., besonders auch Heusler S. 260 ff., welcher diese Auffassung auf deutschrechtliche Einflüsse zurückzuführen versucht; vgl. oben § 73. N. 5.

[3]) Delbrück S. 134 ff., welcher in dogmengeschichtlicher Weise die Vertreter der verschiedenen Richtungen aufführt, Heusler S. 452.

[4]) Sächs. Ges. B. § 214: „der Besitz einer unbeweglichen Sache geht verloren, wenn der Besitzer von einem Andern verdrängt wird. Durch Besitzhandlungen eines Andern während der Abwesenheit des Besitzers verliert der Letztere den Besitz der unbeweglichen Sache erst dann, wenn er nach erlangter Kenntniß davon sich den Besitz nicht sofort wieder verschafft"; § 216. — Züricher Ges. B. § 525. — Baier. Entw. III. 1. 1. art. 24.

des vorigen Besitzers gekommene Sache auf **fehlerfreie** Weise ergriffen hat[5]).

2. Mit der Reception des römischen Rechts wurden dessen Grundsätze über das possessorische Verfahren herübergenommen[6]); die Gesetzbücher des 16ten und 17ten Jahrhunderts pflegen nur kurz von dem Besitzschutz zu handeln, sich dabei aber durchaus an die Ausbildung der kanonisch-romanistischen Literatur und Praxis anzuschließen[7]). Während das ältere deutsche Recht an Mobilien eine Gewere nur im Sinne von Detention gekannt hatte, werden jetzt gleichmäßige Grundsätze über den Besitz für Mobilien und für Immobilien zur Anwendung gebracht[8]).

---

[5]) Preuß. Landr. I. 7. § 111—113, 122. — Den Versuch, diesen unlogischen Satz zu rechtfertigen, macht **Förster** III. § 161. I. — **Bruns** im Jahrb. IV. S. 97 erklärt sich (in Uebereinstimmung mit dem ältern deutschen Recht vgl. oben § 73 N. 3 ff.) auch nicht dagegen, „daß der Besitz des Dejicienten dem Dejicirten gegenüber rechtlich nicht geachtet wird und dieser aus seinem früheren Besitz das Recht behält, die Dejektion als eine Störung seines Besitzes zu behandeln."

[6]) Eine übersichtliche Darstellung der Geschichte des Besitzschutzes von den Römern an bis zum Preuß. Landrecht bei **Dernburg** I. § 157. — Interessant ist das neuerdings von **Böhlau** (Ztschr. f. Rechtsgesch. XIII. S. 518 ff.) herausgegebene Gutachten Bocksdorfs vom J. 1456; während der Rath von Görlitz auf die possessorische Klage petitorisch erkannt hatte, betont er den Gegensatz des possessorischen und petitorischen Verfahrens.

[7]) Die Solmser Ger. u. Land. O. hat am Schluß des ersten Theils eine größere Zahl von Klagformularen, unter denen sich in no. 19 und no. 20 Vorbilder für die actio spolii und turbatae possessionis finden. Vgl. im übrigen Wormser Reform. Buch I. Tit. 23 u. 24, Buch III. Theil II. Tit. 6 (exceptio spolii), Theil III. Tit. 5 (actio spolii), Nürnberg. Reform. v. 1522. XXIX. 3, 4, Landr. v. Hadeln II. Tit. 17. (**Pufend.** I. app. p. 22 f.), Freiburger Statuten I. tit. 5. fol. 11[b] (exc. spolii). — Einige Prozeßordnungen aus dieser Zeit führt **Hensler** S. 446 an.

[8]) Das französische Recht, und ebenso auch das Baden'sche Recht hat keinen Besitzschutz für Mobilien, **Zachariä** I. § 187. S. 452 f., **Bruns** S. 449 f., 456.

Gelegentlich ist darauf hinzuweisen, daß nicht sämmtliche neuere Rechte den Besitzschutz kennen. Das dänische Recht z. B. giebt dem aus dem Besitz Gesetzten eine Klage auf Schadensersatz und Strafe; um aber wieder in den Besitz gesetzt zu werden, muß er dem Gegner gegenüber seine bonae fidei possessio bescheinigen, **Falck** IV. S. 444; über die Vermischung des possessorischen und petitorischen Verfahrens im dänischen Recht vgl. **Frieblieb** Ab-

Auch unser neueres Recht schützt den Besitz nicht bloß in dem Umfange, welchen das römische Recht für seine possessorischen Interdikte ausgebildet hatte, sondern hat ohne Bedenken die späteren italienischen Ausdehnungen, besonders auch die Spolienklage aufgenommen; doch verfahren die Partikularrechte und die Praxis in der Entwickelung des Einzelnen willkürlich und oft auch prinziplos[9]).

3. Die Klage bei Besitzstörung (interdicta retinendae possessionis)[10]). Während nach römischem Recht das interdictum uti possidetis nur für den Besitz von Sachen und persönlichen Servituten galt und die Prädial-Servituten theilweise durch besondere Interdikte geschützt waren, wurde in der Praxis das interdictum uti possidetis auf alle Fälle des rechtlich geschützten Besitzes von Rechten ausgedehnt.

Da es im Fall einer Besitzstörung zweifelhaft sein kann, welche der beiden streitenden Personen im Besitz sei, wurde in der Praxis Italiens ein besonderes provisorisches Verfahren, das possessorium

handlungen hauptsächlich aus dem Schleswig'schen Privatrecht 1864. S. 18 ff. — Das französische Recht schützt nicht den einfachen, sondern nur den jährigen Besitz, vgl. die histor. Entwickelung bei Bruns S. 360 ff., 446 ff., Heusler S. 390 ff., 397 ff., 407 ff. — Vgl. auch Baden'sches Gesetzbuch § 544ª, welches den stärkern Besitz demjenigen zuschreibt, welcher die Sache „wenigstens ein Jahr lang ungestört aus einem Rechtsgrund, der die Meinung eines Eigenthumserwerbs begründen kann, ruhig inne hatte."

[9]) Nicht zutreffend ist die Bemerkung Bekker's (die Reform des Hypothekenwesens 1867. S. 84), daß mit der strengen Durchführung des Ingrossationsprinzips der rechtlich geschützte Besitz für Immobilien seine Bedeutung verliere. Denn wenn der Besitz jetzt auch für den Eigenthumserwerb gleichgültig ist, so ist ihm doch ein selbständiger Schutz zuzuerkennen. Weniger entschieden spricht sich Bekker Recht des Besitzes S. 381 aus. — Die Besitzklagen für Immobilien verwirft ganz und gar Meischeider S. 190 ff., wogegen für ihre Aufrechterhaltung Randa § 8 S. 292 f. N. 14, vgl. auch S. VIII eintritt; vgl. auch in Bezug auf Sachsen Schmidt S. 158. — Daß im Oestr. Ges. B. § 350 der Tabularbesitz von dem physischen Besitz durchaus zu unterscheiden ist, vgl. Randa S. 63 ff. und Arndts S. 227. — Ein Mißverständniß ist es, wenn Bertram d. Nassauische Privatrecht § 47 (1. Ausg. § 36) unter Bezugnahme auf das Oestr. G. B. § 321 u. 441 sagt: „Der Besitz an Immobilien wird nicht einseitig, und nicht durch einfache Uebergabe, sondern nur durch Eintragung und Ueberschreibung in den öffentlichen Büchern erworben."

[10]) Ueber das interdictum uti possidetis jetzt besonders Bruns Besitzklagen S. 1—83.

summariissimum, das Verfahren über den jüngsten Besitz entwickelt, in welchem im Gegensatz gegen das eigentliche Interdikt, gegen das jetzt sog. possessorium ordinarium, zunächst auf Grund einer summarischen Untersuchung festgestellt wurde, wer die letzte ruhige Besitzhandlung behaupten dürfe, und diesem provisorisch der Schutz im Besitz ertheilt wurde, um in dem darauf etwa nachfolgenden possessorium ordinarium die Rolle des Beklagten zu erhalten[11]).

Das possessorium summariissimum war nun die Klage aus dem gegenwärtigen Besitz, während sich das ordinarium in ein possessorisches Rechtsmittel aus dem ältern Besitz, in ein possessorium recuperandae possessionis verwandelt hatte. Die neueren Partikularrechte haben das summariissimum als ein besonderes Verfahren meistens beseitigt, ohne daß es darum dem Richter benommen wäre, provisorische Anordnungen zu treffen[12]).

4. Das possessorium ordinarium hat in Deutschland durch die Praxis zum Theil seine ursprüngliche Natur verloren. Während man bis zum 18. Jahrhundert auf Grund der italienischen Ausbildung den possessorischen Charakter desselben unbedingt festhielt[13]), trat von da an eine grenzenlose Verwirrung ein, indem man die Klage theilweise als petitorische behandelte und einen Besitztitel für ihre Anstellung forderte, und indem andererseits der Beklagte auch petitorische Einreden vorbringen durfte, z. B. daß er aus einem Titel besitze oder gar Eigenthum habe. Indessen waren dies bestrittene Inkonsequenzen, welche zu keiner unbedingten Herrschaft gelangten. Es fehlte in dieser Richtung an jeder festen und dauernden

---

11) Ueber die Ausbildung des possessorium summariissimum Bruns R. des Besitzes S. 182 ff., 232 ff., 261 ff., 375 ff., 397 ff., 419 f., in Bekker's Jahrb. IV. S. 67 f., Heusler S. 305 ff., Meischeider S. 142 ff., 161 ff. — Wetzell Civil-Proz. 3. Aufl. § 30 N. 78 ff., Briegleb Einl. in d. Theorie der summar. Prozesse S. 51 1 f. — Seuffert XVIII. 251 (Götting. Jur. Fak.).

12) Im bairischen Recht war es anerkannt (Bruns S. 430), ist aber durch die neuere Prozeßgesetzgebung beseitigt (Roth II. § 134 N. 15, 23); über Oestreich Bruns S. 459 f., Sachsen Schmidt S. 173 f. — Züricher Ges. B. § 502. — Dies ist im wesentlichen auch der Standpunkt des preußischen Rechts, welches die Klage wegen Besitzstörung und wegen Besitzentsetzung zusammen behandelt, Preuß. Landr. I. 7. § 146 ff., 150, allg. Ger. O. I. 31. § 1 ff.; vgl. Bruns S. 437 ff., Förster III. § 162 N. 21, Dernburg I. § 158.

13) z. B. in Sachsen Bruns im Jahrb. IV. S. 90 ff.

Rechtsbildung und besonders seit der Bekämpfung derselben durch Böhmer und v. Savigny ist der rein possessorische Charakter des interdictum uti possidetis wieder zur Geltung gelangt[14]).

Dagegen hat dasselbe in allgemeinerem Umfange eine Erweiterung dadurch erhalten, daß man annahm, der aus dem Besitz gedrängte ehemalige Besitzer habe nicht aufgehört zu besitzen (vgl. oben N. 1 ff.), und zu Folge davon dem ältern Besitzer das interdictum uti possidetis gegen den jüngern Besitzer gab; so erhielt es den Charakter eines rekuperatorischen Rechtsmittels. Man präsumirte dabei vielfach, daß der jüngere Besitzer fehlerhaft besitze, und ließ ihn nur zum Siege kommen, wenn er beweist, daß der Kläger seinen Besitz freiwillig aufgegeben hat, oder, indem man petitorische Elemente einmischt, wenn er selbst einen Titel für seinen Besitz anführen kann[15]).

Regelmäßig steht die Besitzklage nur dem wirklichen Besitzer zu[16]); dagegen ertheilt sie das preußische Recht auch dem Detentor[17]) und das sächsische Gesetzbuch (§ 208) auch demjenigen, „welcher eine Sache zur Benutzung oder zum Zwecke seiner Sicherung inne hat".

5. Die Klage bei Besitzentsetzung (interdicta recuperandae possessionis). Eine noch weitere Umgestaltung als das interdictum uti possidetis erfuhr das interdictum unde vi —, zunächst durch Ausbildung der Spolienklage im kanonischen Recht[18]).

---

[14]) Vgl. darüber Bruns im Jahrb. IV. S. 85—109, welcher sich besonders gegen Delbrück S. 128 ff. richtet, der für den petitorischen Charakter des Ordinarium eingetreten war. — Für die Delbrück'sche Ansicht erklärte sich später Ziebarth die Realexekution und die Obligation 1866. S. 270 ff., während Bruns Besitzklagen 1874. S. 222 ff., 224 von neuem bemerkt, daß jene für den petitorischen Charakter geltend gemachten Momente zu vereinzelt und von andern Autoritäten zu bestritten seien, um eine selbständige Rechtsbildung anzunehmen. Für die possessorische Natur erklärt sich auch Heusler S. 305 f. und Meischeider S. 154 ff.

[15]) Vgl. Delbrück S. 115 ff., 124 f., Bruns im Jahrb. IV. S. 57 ff., 72 ff., 86. — Seuffert VII. no. 41. — Vgl. auch die Anführungen aus ältern Gesetzen bei Delbrück S. 231 f., S. 239 (aus der Henneberger Landesordnung).

[16]) C. Max. Bav. II. 5. § 12; östr. Recht Bruns S. 459, Randa S. 107 ff.; franz. R. Zachariä I. § 190[a].

[17]) Preuß. Landr. I. 7. § 150 vgl. mit § 141, 146—149, Förster III. § 162[b].

[18]) Vgl. Duncker Zeitschr. f. d. Recht II. 2. S. 96 ff., Bruns R. des

Schon nach den pseudoisidorischen Quellen kann ein Bischof, welcher sei es durch unmittelbare Eigenmacht, Raub, Diebstahl, Dejektion, sei es durch Zwang, richterliches Urtheil, Betrug u. s. w. das seinige verloren hat, wenn er selbst in eine Kriminalanklage versetzt ist, exceptionsweise (exceptio spolii) seine possessorische Restitution beantragen, nicht bloß gegen den Spolianten selbst, sondern gegen jeden Besitzer der spoliirten Sachen. Diese Einrede[18a]) wurde im spätern kanonischen Recht (zunächst der Glosse zum Dekret) das Fundament für eine selbständige possessorische Klage, actio spolii[19]), welche jeder Beziehung auf die ursprüngliche Veranlassung entkleidet war und auf Restitution der durch fremdes Unrecht verloren gegangenen Sache gegen jeden dritten Besitzer geht. Wenn auch die Päpste in ihren Dekretalen diese Ausdehnung noch nicht anerkannten, sondern beim römischen Recht stehen blieben, Verlust durch Gewalt (per violentiam) forderten und gegen den dritten Besitzer die Klage nur unter der Voraussetzung zuließen, daß er die Spoliation beim Erwerb der Sache kannte[20]), so hat doch die spätere kanonistische Literatur sich durchaus an die Glosse zum Dekret angeschlossen und die Spolienklage im weitesten Sinne gegen den dritten Besitzer, auch wenn keine eigentliche Gewalt stattgefunden hat, zugelassen[21]). Auch wurde die Beschränkung des interdictum unde vi auf Immobilien beseitigt und die Spolienklage gleichmäßig bei Mobilien und Immobilien und bei Rechten, an denen man eine quasi possessio annahm, zugelassen.

Trotz vereinzelten Widerspruchs, der sich erst im 18. Jahr-

Besitzes S. 131 ff., Delbrück S. 147 ff., Maaßen in Becker's Jahrb. III. S. 227—245, Bruns Besitzklagen S. 212 ff., Meischeider S. 144 ff., 166 ff., v. Roth zur Lehre von der Genossenschaft. 1876. S. 125 ff.

[18a]) Die Einrede ist im neueren Recht fallen gelassen und zum Theil auch durch ausdrückliche Gesetze beseitigt; z. B. Meining. Gesetz v. 14. Aug. 1833 art. 1: „Die Vorschrift der bisherigen Gesetze, daß derjenige, welcher ein Spolium erlitten hat, sich auf Klagen des Spolianten vor dem Ersatz des Entzogenen nicht einzulassen brauche, wird aufgehoben."

[19]) condictio oder remedium ex canone „Redintegranda" (c. 3. C. 33. qu. 2).

[20]) c. 18 X. de restit. spolii II. 13.

[21]) Bruns R. des Besitzes S. 219 ff., 249 f., Jahrb. IV. S. 68 ff., Ziebarth Realexekution S. 259 ff.

hundert zu lebhafter Opposition erhob, ging dies Rechtsmittel in derselben Ausdehnung in die deutsche Literatur und die deutsche Praxis über[22]): es war nicht bloß bei eigentlicher Gewalt (vis atrox), sondern bei jeder Eigenmacht anwendbar, bei Zwang, heimlicher Besitznahme, bei unbefugten Verfügungen von Behörden, Verlust ohne eigenen Willen u. s. w.[23]).

Auf die weite Anwendbarkeit der Spolienklage mögen deutschrechtliche Auffassungen ihren Einfluß ausgeübt haben. Denn unter dem Verlust von Immobilien „mit Gewalt und Unrecht" begriff man im ältern deutschen Recht nicht bloß Fälle eigentlicher Gewaltthätigkeit, sondern auch sonstige Fälle, in denen Jemand seinen Besitz gegen das Recht verloren hat[24]). Und was Mobilien anbetrifft[25]), so konnte, wer überhaupt gegen seinen Willen aus dem Besitz gekommen ist, gegen jeden dritten Besitzer der Sache klagen: er stützt seinen Anspruch nicht auf sein Recht, sondern auf seinen früheren Besitz und den unfreiwilligen Verlust desselben[26]).

6. Doch war die Anwendung der Spolienklage in Deutschland nach vielen Richtungen im Detail bestritten:

a) Ob sie bloß dem eigentlichen Besitzer oder auch dem Detentor zustehe, welcher in eignem Interesse detinirt[27]); auch die Gesetzbücher gehen darüber auseinander[28]). Ganz besonders trat der

---

[22]) Bruns R. des Besitzes S. 374 ff., 390 ff., Delbrück S. 166 ff.

[23]) Vgl. z. B. auch Preuß. Landr. I. 7. § 161. — Roth baier. Civilr. § 134 N. 72. — Seuffert I. no. 224, II. no. 50, XVI. no. 115, 186, XIX. no. 46.

[24]) Laband vermögensrechtliche Klagen S. 196.

[25]) Vgl. das genauere im Mobiliarsachenrecht § 146.

[26]) Bruns Jahrb. IV. S. 65 will weder das Absehen von eigentlicher Gewalt, noch S. 68 ff. die dingliche Wirksamkeit der Klage gegen jeden dritten Besitzer als Nachwirkung deutschrechtlicher Einflüsse betrachten, sondern nimmt nach beiden Richtungen nur eine Fortbildung des römischen Rechts an; doch hat er diese Ansicht später (Besitzklagen S. 223 ff.) modificirt.

[27]) Vgl. darüber besonders Bruns R. des Besitzes S. 393 f., Besitzklagen S. 227 ff., Meischeider S. 121 f.

[28]) Gegen den Detentor erklärt sich: C. Max. Bav. II. 5. § 11 no. 5—7 (welcher aber unter einem Detentor nur denjenigen versteht, welcher nicht die Absicht hat, die Sache für sich zu haben; vgl. oben § 75 Abs. 4), östr. G. B. § 339, 346 (Randa § 7 S. 107 ff.), das französ. Recht Zachariä I. § 190[a], die Nassauer Praxis Bertram § 51 (1. Ausg. § 40).

Zweifel bei dem Miether und Pächter hervor[29]). Mit gutem Grunde wird man auch dem Detentor, welcher in eignem Interesse die Sache hat, den Besitzschutz zusprechen dürfen, da das moderne Recht im Zusammenhange mit ältern Auffassungen geneigt ist, bei dem animus rem sibi habendi Besitz anzunehmen (vgl. oben § 75. Absatz 3 und 4)[30]).

b) Es war ferner bestritten, ob die Klage nur gegen den Spolianten selbst und seine Erben[31]), oder gegen jeden dritten Besitzer, auch einen bonae fidei possessor, oder gegen den dritten nur in dem Falle zulässig sei, daß er bei seinem Erwerb Kunde von der Spoliation hatte (spolii conscius). Die neuere Praxis hat allgemein die Klage gegen den dritten Besitzer auf diesen letzteren, durch das gemeine Recht gesetzlich[32]) begründeten Fall beschränkt[33]) und auch die neueren Gesetzbücher haben dieser dem possessorischen Verfahren allein entsprechenden Behandlung Ausdruck gegeben[34]).

Dagegen für den Detentor: Preuß. Landr. I. 7. § 146, 147, 169, 170 (vgl. aber auch die Einschränkungen in § 162, 163), sächs. Ges. B. § 208, 209, Zürich. G. B. § 1493, baier. Entwurf § 40. — Bisweilen wird in mit dem Possessorium unverträglicher Weise die Rücksicht auf die bona fides hineingetragen; vgl. die Nachweisungen von Delbrück in v. Ihering's Jahrb. X. S. 133; Züricher Ges. B. § 505.

[29]) Der Pächter hat die Besitzklage gegen den Verpächter: Seuffert XXIV. no. 212, XXV. no. 27 (Wolfenbüttel), O. Land. Ger. zu Dessau in den Bl. f. Rechtspfl. in Thür. XXIII. S. 248 ff., Entsch. des Reichsger. V. no. 42, Ziebarth S. 216 ff.; über die französische Praxis Bruns Besitzklagen S. 227 N. 9; Bruns daselbst S. 237 ff.; vgl. auch Dernburg I. § 290 N. 6, Förster II. § 136 N. 16, 17. — Dagegen wird die Besitzklage in diesen Fällen verweigert: Seuffert I. no. 225 (Celle), XXII. no. 147 (Rostock), XXVI. no. 11 (Darmstadt), Dresdener Entsch. in den Sächs. Annalen XXI. S. 169 f., Ztschr. f. Rechtspfl. u. Verw. XLI. S. 416, Heusler S. 464 ff., Platner § 6 N. 1, König Bernische Civilgesetze II. S. 39.

[30]) Für diesen Besitzschutz spricht sich auch Bruns Besitzkl. S. 236 ff. aus, da sein eignes Interesse eines Schutzes bedürftig sei, und sucht S. 240 ff. dies dadurch zu rechtfertigen, daß hier ebenso wie beim usus fructus eine juris possessio geschützt würde; Bekker Recht des Besitzes S. 378 f. will den Besitzschutz gerade dem Detentor geben, welcher nicht zu eignem Nutzen detinirt.

[31]) Preuß. Landr. I. 7. § 148; französ. R. Zachariä I. § 190[b].

[32]) C. 18. X. II. 13.

[33]) Bruns R. des Bes. S. 394, Besitzklagen S. 246 ff.; vgl. auch v. Roth z. Lehre v. d. Genossenschaft S. 126 ff., 129 ff.

[34]) Nicht bloß das Sächs. Ges. B. § 206, wie Bruns Besitzklagen S. 247

c) Während nach römischem Recht der Besitzschutz bei Entsetzung nur ein Jahr währte und nur wegen der Bereicherung des Dejicienten die Klage 30 Jahre hindurch zulässig war[35]), wurde die Spolienklage in der ältern, auf angeblich kanonisches Recht sich stützenden Praxis und auch in einzelnen Gesetzgebungen der gewöhnlichen 30jährigen Verjährung unterworfen[36]). Dagegen ist das neuere Recht wieder zu der einjährigen Verjährung zurückgekehrt[37]).

d) Hatte man längst das Erforderniß eigentlich gewaltsamer Besitzentziehung fallen gelassen[38]), so trat später auch vielfach Gleichgültigkeit dagegen ein, ob eine Dejektion oder eine bloße Turbation vorliege, und ließ man die Spolienklage auch bei bedeutenderen Besitzstörungen zu[39]). Doch erhob sich, besonders seit v. Savigny, in Theorie und Praxis eine Opposition gegen die maßlose Ausdehnung der Klage[40]) und ist für das neuere Recht eigenmächtige Besitzentziehung zu fordern[41]).

e) Die früher oft vertheidigte Ansicht, daß der spoliatus zur Begründung seiner Klage nicht die Spoliation, sondern lediglich zu

---

sagt, sondern auch C. Max. Bavar. II. 5. § 11 no. 3, Züricher Ges. B. § 505, 507, Baier. Entw. III. 1. art. 35.

[35]) Ueber das gemeine Recht Bruns Besitzklagen S. 260 ff.

[36]) Duncker Zeitschr. f. d. R. II. 2. S. 109 f., Bruns R. des Bes. S. 397 N. 1; C. Max. Bav. II. 5. § 11 no. 9; v. Roth a. a. O. S. 133 f. — Auch nach östr. R. findet die gewöhnliche Verjährung statt.

[37]) Sächs. G. B. § 210, Baier. Entw. III. art. 38, Schlesw.-holst. Partikularrecht Falck IV. S. 64 N. 12. — Das Züricher Ges. B. § 508 läßt die Klage nur binnen 6 Monaten zu. — Ueber das neuere preuß. Recht Förster III. § 162 N. 97 ff.

[38]) Bruns Besitzklagen S. 250 ff. Früher stellte man sie auch an gegen den Finder oder bei formell berechtigter Besitzentziehung durch Behörden; vgl. aber dagegen Bruns Besitzklagen S. 256 ff.

[39]) Bruns R. des Besitzes S. 396. — Ueber die vielfache Vermischung von turbatio und dejectio auch Heusler Gewere S. 311 ff.

[40]) Bruns R. des Besitzes S. 418 f. — v. Jhering in den Jahrbb. IX. S. 118 spricht seine entgegengesetzte Ueberzeugung aus, „daß die mittelst dieser Klage bewerkstelligte Ausdehnung des Besitzesschutzes auf alle Fälle des Besitzverlustes ohne oder wider Willen des Besitzers ein durch und durch gesunder, praktischer Gedanke war."

[41]) Bruns Besitzklagen S. 254 f. — Einiges kasuistisches Detail bei Seuffert III. no. 56, 267 (Dresden), III. no. 173, V. no. 23 (Lübeck), XXXIV. no. 274 (Berlin).

beweisen habe, daß er früher einmal besaß, und daß es dann Sache des Beklagten sei zu beweisen, daß der Kläger den Besitz auf rechtsverbindliche Weise verloren habe[42]), ist in der Praxis längst wieder aufgegeben worden[43]).

7. Besitzschutz bei Rechten. Während das römische Recht nicht bei allen Rechten, an denen es einen Besitz annahm, denselben auch durch Rechtsmittel schützte[44]), hat die spätere Praxis und Doktrin den Besitz an Rechten, ganz besonders an den auf Grund und Boden radicirten Rechten auf fortlaufende Leistungen, durch die Besitzklagen geschützt. Eine Störung oder Entziehung des Besitzes kann sowohl von Seiten des Pflichtigen, welcher sich den weitern Leistungen entzieht, sie verweigert, als auch von Seiten eines Dritten erfolgen[45]), welcher sich das Recht auf die Leistung zuschreibt, und den Pflichtigen an ihrer Entrichtung hindert, sie ihm verbietet u. s. w.

Während eine bloße Nichtleistung nur eine Störung im Besitz enthält, nahm man bei Verweigerung fernerer Leistungen geradezu eine Besitzentsetzung an[46]), wenn auch nach römischer Auffassung eine

---

[42]) Bruns R. des Besitzes S. 228 ff.; vgl. auch die dogmengeschichtlichen Nachweise bei Delbrück S. 157 ff.

[43]) Bruns R. des Besitzes S. 396, Besitzklagen S. 251.

Delbrück S. 150 ff. behauptet, daß die Spolienklage, soweit sie nicht gegen den Spolianten selbst, sondern gegen den dritten Besitzer ging, petitorischer Natur war, vgl. dagegen Bruns R. des Bes. S. 69 f., Besitzklagen S. 216 ff. — Er behauptet ferner, im Zusammenhange mit der zu N. 42 erwähnten dogmengeschichtlichen Phase, daß sie sich zu einer Klage aus dem ältern Besitz umgestaltet habe. — Ziebarth S. 262 ff., 270 ff. tritt gleichfalls für den petitorischen Charakter der Spolienklage ein, da die Ausdehnung der Klage gegen den dritten Besitzer nur im Falle der bona fides des Klägers als vernünftig erscheine; wenn auch die Quellen diese Voraussetzung nicht machten, sei dieselbe doch anzunehmen. So entstehe statt des Delbrück'schen Satzes: „der ältere Besitz ginge dem jüngern vor" der Satz: „der redliche Besitz ist gegenüber dem unredlichen das bessere Recht." Dem schließt sich Delbrück in seinem Aufsatz in v. Jhering's Jahrbb. X. S. 129 ff. an. — Vgl. jetzt gegen die Ansicht von der petitorischen Natur der Spolienklage Bruns Besitzklagen S. 212 ff.

[44]) Windscheid II. § 164.

[45]) Es ist dies eine durch das kanonische Recht eingeführte Erweiterung, Duncker Zeitschr. II. 2. S. 97 ff., Bruns R. des Bes. S. 124, 214 ff.

[46]) Theoderich v. Bocksdorff stellt in seinen Gerichtsformeln ein Klagformular für diesen Fall auf (herausgeg. v. Böhlau Zeitschr. f. Rechtsgesch.

eigentliche Dejektion vom Besitz des Rechts nicht möglich ist. Da zur Entziehung des Besitzes keine vis atrox erforderlich sei, sondern auch sonst auf widerrechtliche Weise die Ausübung des Besitzes unmöglich gemacht werden könne, liege in diesem Falle nicht bloß eine Besitzstörung, sondern auch Spoliation vor und könne der Besitzer zwischen dem interdictum uti possidetis und der rekuperatorischen Klage wählen[47]).

Einzelne Partikularrechte lassen den Besitz nicht schon durch die Weigerung an sich, sondern erst dann untergehen, wenn sich der bisherige Besitzer bei der Weigerung des Pflichtigen beruhigt[48]).

I. S. 438 f.), in dem es unter anderm heißt, der Beklagte habe den Kläger durch die Weigerung uss myner rechten gewere gesatczt mit synes selbis gewalt ane gerichte und recht, daz om nicht zcu gebort zcu thune; Kläger bittet ihn weddir in die gewere zcu brengene. — Vgl. auch Wormser Reformation III. Theil 3 Tit. 5 Absatz 2.

[47]) Duncker Zeitschr. II. 2. S. 78 ff., 102 ff., Bruns R. des Besitzes S. 124, 203 ff., 205 ff., 210 ff., 243 ff., 279 ff., 384 N. 3, 409 N. 1, 423 N. 3, 4, 429 N. 2. Renaud Reallasten S. 73 ff., Randa § 35 S. 676 ff. — Nachweise aus der Praxis citirt Windscheid II. § 464 N. 7 und I. § 164 N. 18. Bruns Besitzklagen S. 252 N. 3.

Nur wenige Gerichte leugnen die Dejektion durch Verweigerung der Leistung: so das O. A. Ger. zu Jena (Seuffert XII. no. 241: es sei eine gewisse Thätigkeit, eine äußerlich erkennbare positive Handlung zu fordern) und der baier. oberste Gerichtshof (Seuffert XXIX. no. 7: es sei eine Thathandlung, nicht bloß eine Willenserklärung erforderlich).

[48]) So Preuß. Landr. I. 7. § 126 vgl. auch § 84, Oestr. G. B. § 351; Baier. Entwurf III. 1. art. 54: „der Besitz der Reallast geht verloren, wenn der Besitzer auf die Verweigerung der Fortentrichtung der Leistung nicht vor Eintritt des nächsten Leistungstermines den Anspruch auf Besitzschutz geltend macht." — Stuttg. Praxis (Seuffert VII. no. 43). — Vgl. dagegen Duncker Zeitschr. II. 2. S. 81 ff., Randa S. 677 N. 40, S. 680 N. 46. — Literatur über diese Controverse bei Roth baier. Civilrecht II. § 133 N. 24.

Wo nicht eine positive Bestimmung vorhanden ist, wie im baier. Entwurf, wie lange soll man da den Besitz trotz der Nichtausübung noch weiter annehmen? Wenn der Berechtigte 30 Jahre hindurch außergerichtliche Interpellationen vergeblich erließe, würde er sein Recht verloren haben. Aber den Besitz soll er noch immer haben? — Dernburg I. § 162 sagt: der Besitz sei fortgefallen, „wenn die Ausübung dauernd unterblieb, trotzdem sie nach den thatsächlichen Verhältnissen zu erwarten gewesen wäre." — Randa § 34 S. 651 ff. stellt für das österr. R. das Prinzip auf: „der Besitz eines Rechts geht verloren, wenn der Inhalt desselben nicht innerhalb jenes Zeitraums ausgeübt worden ist, mit dessen Ablauf das Recht selbst verjährt."

Zweite Abtheilung. Das Immobiliarsachenrecht.

Erstes Capitel. Das Eigenthum.

Erster Abschnitt. Das Eigenthum im allgemeinen.

§ 78. Der Begriff des Eigenthums.

1. Das Eigenthum ist die oberste rechtliche Herrschaft über eine Sache, aus welcher alle andern Rechte an ihr abgeleitet sind[1]). Das Eigenthum ist an sich nicht die vollständige und ausschließliche, sondern nur die oberste rechtliche Herrschaft; denn es widerspricht nicht seinem Wesen, daß über dieselbe Sache in einzelnen Beziehungen auch andern Personen, als dem Eigenthümer Rechte zustehen. Diese jura in re aliena charakterisiren sich im Verhältniß zum Eigenthum dadurch als untergeordnete Rechte, daß sie von der Herrschaft des Eigenthümers abgezweigt sind und daß sie im Fall ihres Erlöschens zum Eigenthümer zurückkehren.

---

[1]) Ich gebe meine eigene Definition von Eigenthum mit einer gewissen Unsicherheit, glaube aber, daß sie dem Wesen der Sache mehr entspricht, als die am meisten verbreitete, daß Eigenthum die volle ausschließliche rechtliche Herrschaft über eine Sache sei, da nach derselben ein durch jura in re aliena beschränktes Eigenthum gar nicht Eigenthum wäre; vgl. übrigens auch Bruns in d. Encykl. § 33 und G. Hartmann Rechte an eigener Sache. Freiburg 1877. S. 4 f., 73 ff. (auch in Ihering's Jahrbb. XVII. S. 70 f., S. 129 ff. — Dasselbe ist auch gegen v. Gerber's § 76 Definition einzuwenden: „das Recht der prinzipiell totalen Verfügungsgewalt über Sachen"; denn ein beschränktes Eigenthum würde dann gegen das Prinzip verstoßen. — Der Versuch Förster's (III. § 166 zu Note 7) die herkömmliche Auffassung zu retten: „die Beschränkung trifft nicht das Recht der Beherrschung als solches, sie mindert nicht dieses, sondern nur einzelne Aeußerungen der Ausübung desselben; sie ist ein für die Bestimmung des Begriffs nicht entscheidendes, weil ausnahmsweises," beseitigt nicht die Schwierigkeiten und steht in direktem Widerspruch mit der von Förster selbst behaupteten „ganzen und vollständigen Beherrschung." — Dagegen bin ich einverstanden mit Dernburg I. § 181: „nicht das ist wesentlich für den Begriff des Eigenthums, daß es in concreto die volle Herrschaft über die Sache gibt, wohl aber, daß es die Fähigkeit und das Bestreben besitzt, zu einer solchen unbeschränkten Macht immer wieder heranzuwachsen." — Eine Anzahl von neueren Versuchen einer Definition führt Windscheid I. § 167 N. 5 auf.

Das Eigenthum ist nicht die volle ausschließliche Herrschaft. Vielmehr hängt der Umfang der dem Eigenthümer zustehenden Herrschaft davon ab, ob und in welcher Ausdehnung andere Personen partielle Herrschaftsrechte über dieselbe Sache haben. Der Eigenthümer ist, abgesehen von gesetzlichen Beschränkungen, nach allen Richtungen Herr über die Sache, in welchen er nicht durch jura in re aliena eingeschränkt ist.

Es ist möglich, daß ein Eigenthümer eine so gut wie unbeschränkte Herrschaft, ein unbedingtes Verfügungs- und Nutzungsrecht hat. Er kann aber auch in so hohem Maß eingeschränkt sein, daß er keine Einwirkung auf die Sache ausüben darf und sein Eigenthum lediglich in dem Recht auf Consolidation, in der Aussicht besteht, daß nach Fortfall der jura in re aliena die Verfügungsgewalt wieder an ihn gelangt[2]).

2. Die früher verbreitete Annahme, daß die Deutschen in ältesten Zeiten den Eigenthumsbegriff nicht gekannt hätten, ist unbegründet[3]): sie hatten sowohl diesen Begriff, als auch können wir uns überhaupt kein Recht ohne den Eigenthumsbegriff denken. Wenn es auch zweifelhaft sein kann, ob zur Zeit der ältesten Ansiedlung der einzelne Gemeindegenosse wirklich Eigenthum an seinen Aeckern oder ob er nur das Recht auf Benutzung von Gemeindeland besaß, so war er doch unzweifelhaft auch schon in frühester Zeit Eigenthümer seines Hauses, und daß er an seinen Mobilien Eigenthum hatte, kann keinen Augenblick bezweifelt werden.

3. So lange die Urkunden lateinisch geschrieben wurden, bediente man sich zur Bezeichnung des Eigenthums der Ausdrücke dominium, proprietas, proprium oder führte, um ganz sicher zu gehen, die einzelnen Befugnisse auf, welche dem Eigenthümer zustehen[4]). In spätern Rechtsquellen, besonders auch dem Sachsen-

---

[2]) Maurenbrecher § 245 sagt richtig: „das Rückfallsrecht oder Consolidationsrecht ist das eigentliche absolute Kennzeichen des Eigenthums vor dem Nichteigenthum." — Vgl. auch in Note 1 die von Dernburg gegebene Definition.

[3]) Vgl. besonders Duncker in d. Ztschr. f. d. R. II. 1. S. 187 ff.

[4]) z. B. Markulf I. 30 (Rozière formules I. no. 298): der Erwerber soll die Sache zu Eigenthum erhalten. Dies wird umschrieben durch habeat, teneat atque possedeat, et suis posteris ad possedendum relinquat, vel quicquid exinde facere voluerit, ex nostra commutatione liberam habeat

spiegel, brauchte man das das Objekt des Eigenthums bezeichnende Wort, um zugleich das Recht an ihm zu bezeichnen: Eigen (praedium) oder fahrendes Gut bedeutet oft Eigenthum am Grundstück oder an der fahrenden Habe[5]). Seit dem 13. und 14. Jahrhundert sagte man „Eigenschaft" oder „Eigenthum"[6]).

Jedoch verwendete man diese Ausdrücke nicht bloß für das Eigenthumsrecht im eigentlichen Sinne des Worts, sondern auch für sonstige dingliche Rechte, für das Leibzuchtsrecht[7]), Erbzinsrecht[8]),

---

potestatem; andere Belege bei Duncker S. 188. — Ebenso werden häufig, um das Nutzungsrecht des Satzungsgläubigers zu bezeichnen, seine einzelnen Befugnisse aufgeführt, Kohler pfandrechtliche Forschungen S. 231 ff.

[5]) Homeyer Sachsensp. I. (3. Ausg.) S. 416 und II. 2. S. 424. — Besonders interessant ist eine Urk. v. J. 968 (Lacomblet I. no. 110): quicquid .... W. comes beneficii, nos vero praedii (d. h. vom Eigenthum) .... habere visi sumus. — Andere Stellen für den Gegensatz von praedium und beneficium bei Waitz Verf. Geschichte VI. S. 4 N. 1.

[6]) Aigenschaft scheint das ältere Wort zu sein. Belege seit dem 13. Jahrh. bei Haltaus glossarium S. 285, Benecke mittelhochd. Wörterb. I. S. 416, Lexer mittelhochd. Wörterb. I. S. 519. — Vgl. auch zwei Urk. bei Duncker S. 198 f. (v. J. 1297 u. 1326), Stellen bei Arnold Eigenthum in den deutschen Städten S. 16 f., Kraut § 68 no. 46, 47.

Eigenthum erst seit dem 14. Jahrh.; vgl. Stellen bei Haltaus S. 268 f., Arnold Eigent. S. 17, Kraut § 68 no. 48—50, § 73 no. 2. Oefter in dem ältesten livländischen Ritterrecht aus dem Anf. des 14. Jahrh. art. 61 ff. — Egendom (masculinum) in dem Hannover'schen Urkundenbuch no. 244, 335 v. J. 1346 und 1355. — Bisweilen auch in Verbindung mit Vogtei: egendom unde vogedighe, Urk. v. J. 1320 bei Höfer deutsche Urkunden II. no. 67. Grimm Wörterb. III. S. 101 sagt nur, daß das Wort vor Luther vorkommt.

Uebrigens wird in ältern Quellen auch sala (traditio) bisweilen für Eigenthumsrecht gebraucht; einige Stellen bei Stobbe Zeitschr. f. Rechtsgesch. III. S. 413 N. 15.

[7]) Oft in Urkunden bei Kleinmayrn Juvavia: usque ad finem vite sue tradidit in proprietatem; tradidit in proprietatem illi et filiis suis usque ad finem vitae illorum; in proprietatem concessimus eo videlicet tenore, quatenus .... hoc teneat, usitet et potestative omnibus diebus vite sue possedeat u. s. w. (vgl. S. 125 f., 133, 136, 190, 214). — Mon. Boica XXVIII.[a] no. 57 a. 885: donavimus ..... usque ad finem vitae suae in proprietatem; no. 67 a. 889: omnibus vitae suae diebus in proprium concessimus; damit promiscue heißt es weiter: sub usufructuario omnis vitae suae dies teneat; no. 131 a. 967: usque in obitum illius vitae in proprium donavimus. — Neugart C. D. Alam. I. no. 580 a. 888: in meam accipiam sub usufructuario proprietatem. — Würzburger Urk. v.

Pfandrecht[9]) u. s. w., weil bei diesen Rechten der Berechtigte eine Disposition über das Gut hat, es besitzt, seine Nutzungen zieht und er für denjenigen, welcher nicht genauer die Schranken seines Rechts beachtet, als Eigenthümer erscheinen konnte. Man unterschied wohl das Eigenthum vom Pfandrecht, Erbzinsrecht u. s. w., aber bei dem Mangel einer festen Terminologie und festen Theorie hatte man keine Scheu, auch bei jura in re aliena von Eigenthum im Sinne der rechtlichen Herrschaft zu sprechen. Und umgekehrt sprach man, wenn es sich um einen wirklichen Verkauf zu Eigenthum handelte, von emere in perpetuam possessionem, von einem Erbkauf[10]).

J. 1152 bei Rosenthal Eigenthum in der Stadt Wirzburg. Wirzb. 1878 S. 4: von der Kirche, welche Eigenthümerin eines Guts ist, wird gesagt, sie besitze es perpetuo proprietatis jure, von dem Nutznießer, er habe usus proprietatem. — Lübische Urk. v. J. 1374 bei Pauli Lübeckische Zustände III. S. 126 no. 39: Jemand kauft ad tempora sue vite et ad vitam uxoris ... proprietatem domus; auch no. 40. — Vgl. auch Urkunden über solches lebenslängliches Eigenthum bei Waitz Verf. Geschichte VI. S. 88, 90 f.

[8]) Häufig auch noch in später Zeit, besonders in süddeutschen Urkunden, Arnold Eigentum in den deutschen Städten 1861. S. 291 f.; vgl. z. B. die Urk. v. J. 1273 daselbst S. 340, wo das wirkliche Eigenthum durch proprietas und das Nutzungsrecht durch dominium wiedergegeben wird. — Urk. a. 1226 (Lacomblet II. no. 139): Cum itaque jus proprietatis dicte curtis idem H. a me teneret, precibus suis .... obtemperans .... idem jus proprietarium effestucavi. — Niedersächs. Weisthum v. 1579 (Grimm III. S. 257 § 4): weme sie den eigenthumb und auch grund u. bodden zuerkennen? ingepracht: den eigenthumb den rechten erben (d. h. den Bauergutsbesitzern), aber grund und bodden (d. h. die Gutsherrlichkeit) dem hause Peina; vgl. auch das Weisthum daselbst S. 255 § 3. — Friedberger Pol. O. v. 1690 (bei Thudichum Gesch. des Gerichts Kaichen S. 40 N. 3): wer ein gut erblich verleihet, der begibt sich seines eigenthumbs u. hat nicht mer an demselben gut, dann so viel zinsz oder pfacht, als viel er ihme darauf zuvor ausbehält. — Vgl. übrigens auch Rückert Untersuchungen aus dem Sachenrecht S. 118 ff. und Heusler Gewere S. 56, welche geneigt sind den Bauern, den Prekaristen als Eigenthümer anzusehen und dem Grundeigenthümer nur eine Anwartschaft (vgl. oben § 71 N. 10 ff.) zuzuschreiben.

[9]) setzen und eigenen in schlesischen Urkunden, vgl. Breslauer libri signaturarum no. 71 u. 91 in d. Zeitschr. f. schles. Gesch. VII. S. 181, S. 189.

[10]) z. B. Stenzel liber fundationis claustri S. M. V. in Heinrichow p. 43: emit a Stephano .... supradictam silvam .... in perpetuam possessionem. — Erblich verkaufen Jülich Berg. Landr. c. 97 a. Anf. (Maurenbrecher Rheinpreuß. Landrechte I. S. 271), Erbkauf Läneb. Nieder-Ger. O. (Pufendorf III. app. p. 363).

Aus dieser so wenig präcisen Fassung des Eigenthumsbegriffs und der Haltlosigkeit des Sprachgebrauchs erklärt es sich, wie die italienische Lehre vom getheilten Eigenthum so bereitwillig in Deutschland recipirt werden konnte. Man war sehr geneigt, das Herrschaftsrecht einer Person über eine Sache, welches sich zugleich thatsächlich manifestirte, Eigenthum zu nennen, auch wenn es in Wirklichkeit nicht Eigenthum, sondern nur ein jus in re war.

4. Man ging aber noch weiter und behandelte den Eigenthumsbegriff nicht bloß als einen sachenrechtlichen, sondern sprach auch von Eigenthum an Rechten, an der Vogtei, Gerichtsbarkeit, dem Patronat, an Renten, Zehntberechtigungen u. s. w.[11]). Da solche Rechte Objekte eines weitern Verkehrs waren, sie zu Lehn, Leibzucht, Pfandrecht übertragen werden konnten, an ihnen Jemand im Gegensatz gegen die wirkliche Berechtigung den Besitz haben konnte, so befriedigte man ein in der That vorhandenes Bedürfniß, wenn man von Eigenthum an ihnen in dem Fall sprach, daß der Berechtigte das Recht voll besitzt und mit Bezug auf dasselbe von keinem Andern abhängig ist, der es ihm übertragen hätte.

5. Diese weite Ausdehnung des Begriffs findet sich auch in neueren Gesetzgebungen, welche Eigenthum alles dasjenige nennen, was Jemandem zugehört, was in seinem Vermögen sich befindet[12]), und nicht bloß von einem Eigenthum an solchen Rechten, welche auf Grund und Boden radicirt sind, sondern ganz allgemein von einem Eigenthum an Rechten, besonders auch an Forderungen sprechen[13]).

---

[11]) Duncker S. 194, 195, Kraut § 73 no. 3—12. — Urk. a. 1218 (Guden I. p. 104) spricht von der proprietas an einem navalis transitus (einer Fährgerechtigkeit). — Die Stadt Riga gehöre dem Bischof jure dominii vel quasi, Urk. bei v. Bunge die Stadt Riga. 1878 S. 108.

[12]) Oestr. Ges. B. § 353: „Alles was Jemandem gehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen heißen sein Eigenthum." — Preuß. Landr. I. 8. § 1, 2: „Eigenthümer heißt derjenige, welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache oder eines Rechtes, mit Ausschließung Anderer, aus eigener Macht durch sich selbst oder einen Dritten zu verfügen. Alles, was einen ausschließenden Nutzen gewähren kann, ist ein Gegenstand des Eigenthums"; I. 21. § 201: „die Erbpachtgerechtigkeit ist das volle Eigenthum des Pächters und es kann von ihm darüber . . . . frei verfügt werden."

[13]) z. B. Oestr. G. B. § 1424: „Eigenthümer der Forderung".

Wenngleich es selbstverständlich ist, daß die Grundsätze über das Eigenthum an Sachen auf Rechte und Forderungen nicht übertragen werden können, so ist doch der Ausdruck „Eigenthum an Forderungen" nicht schlechthin zu verwerfen, da man ja mit vollem Grunde von einem Nießbrauch, einem Pfandrecht an Forderungen spricht und Eigenthum an einer Forderung lediglich, aber bestimmt bezeichnet daß die betreffende Person wirklich forderungsberechtigt und der unmittelbare Gläubiger ist[14]), — überdies aber auch keine Gefahr besteht, daß man in Folge jenes Ausdrucks die Forderung in ungehöriger Weise sachenrechtlichen Prinzipien unterwerfen würde. Ganz unbedenklich darf man von einem Eigenthum an Rechten und Forderungen in dem Umfange sprechen, als unser Recht den Besitz an Forderungen und Rechten statuirt[15]).

6. In noch weiterer Verwendung spricht man auch von einem geistigen, künstlerischen, technischen Eigenthum. Dieser Sprachgebrauch ist so fest eingebürgert, daß er sich nicht mehr bekämpfen läßt. Hier wird das Wort Eigenthum in einem durchaus unjuristischen Sinne genommen, um auszudrücken, daß der Dichter, Künstler, Erfinder u. s. w. allein das Verfügungsrecht über sein Werk, seine Erfindungen u. s. w. hat und daß kein Anderer in ungerechtfertigter Weise Vermögensvortheile von seinem Werk ziehen soll (vgl. § 158).

§. 79. Die Ausdehnung des Eigenthums an Grund und Boden.

Während das römische Recht den Eigenthümer von Grund und Boden unbedingt zugleich für den Eigenthümer von alle dem erklärte, was mit dem Grund und Boden fest und unmittelbar zusammenhängt, und ein besonderes Eigenthum an solchen Sachen nicht annahm, ihnen keine selbständige rechtliche Existenz zuschrieb[1]), denkt

---

Ueber diesen weiten Begriff auch in Würtemb. Gesetzen v. Wächter II. S. 207 N. 4, über das Preuß. Recht Förster III. § 168 II. — Mit Entschiedenheit erklärt sich gegen diesen Sprachgebrauch Unger I. S. 524 ff., v. Gerber § 76; für denselben, insbesondere für das Eigenthum an dem Recht ein Zeichen zu führen Homeyer die Haus- und Hofmarken. Berlin 1870. S. 306 f.

[14]) Vgl. auch Bähr in v. Ihering's Jahrbb. I. S. 401 f.

[15]) Ueber das sog. Bergwerkseigenthum vgl. unten § 143. 5.

[1]) omne quod inaedificatur, solo cedit; area est pars aedificii. Vgl. Zaun über das Prinzip des einheitlichen Eigenthums an Boden, Gebäuden und

sich das ältere und zum Theil noch das neuere Recht dieselben als in rechtlicher Beziehung abgesonderte Sachen und hält es für möglich, daß an ihnen ein Anderer als der Grundeigenthümer das Eigenthum hat.

1. Im ältern deutschen Recht wurden Häuser wegen ihrer damaligen faktischen Beschaffenheit öfter für Mobilien und für ein Objekt besonderen Eigenthums erklärt[2]). Auch noch das Preußische Landrecht und die folgende Preußische Gesetzgebung hält ein gesondertes Eigenthum an Gebäuden für möglich[3]).

2. Im Gegensatz gegen das römische Recht, nach welchem das Eigenthum von Gebäuden zwischen mehreren Personen nur durch eine vertikale Scheidung getheilt werden kann, findet sich partikulär die Auffassung, daß die verschiedenen Stockwerke desselben Gebäudes verschiedenen Personen gehören, oder daß der Eigenthümer eines Hauses zugleich das Eigenthum am Keller oder an einer Stube im Nachbarhause haben kann[4]). Dagegen nimmt die Praxis der meisten

---

deren einzelnen Theilen (im Arch. f. civ. Pr. XLIII. S. 211—228, 300—314), v. Wächter das Superficiar- oder Platzrecht 1868, besonders S. 10 ff. und die unten in N. 4 citirte Abhandlung von Mandry.

[2]) Stobbe Beiträge z. G. des deutschen Rechts S. 62 ff. u. oben I. § 63 S. 523 f.

[3]) Preuß. Landr. I. 9. § 98: „der, welchem bloß das Eigenthum einer Oberfläche oder eines darauf errichteten Gebäudes, nicht aber des Grundes und Bodens zukommt" u. s. w.; I. 9. § 327—332 (Förster III. § 176 N. 31—39), I. 20. § 472—475, I. 22. § 243 ff. — Preuß. Gesetz über den Eigenthumserwerb v. 1872 § 30: „die auf dem Grundstück befindlichen .... dem Eigenthümer gehörigen Gebäude" u. s. w. — v. Wächter S. 125 ff. führt aus, daß jene Bestimmungen auch im Sinne von Superficies gedeutet werden können. — Danckwardt Meckl. Schwerin'sches Bauernrecht S. 39 stellt ohne Beweis den Satz auf: der Bauer hat das dominium utile an dem Gehöft, aber „das uneingeschränkte Eigenthum" an den Gebäuden; „jedoch unter der Resolutivbedingung, daß der Erbzinsmann ohne Hinterlassung eines successionsfähigen Erben verstirbt." — Dagegen erklären sich z. B. die Gerichte von Nassau (Seuffert XXXI. no. 113) und Baiern (XXXIV. no. 277) gegen die Möglichkeit eines solchen gesonderten Eigenthums. — Vgl. auch unten II. § 132 N. 67, 68. Gewiß mit Unrecht nimmt Falck V. S. 245 f. an, daß wenn Jemand mit Erlaubniß des Grundeigenthümers auf dessen Boden ein Gebäude aufführt, der Superficiar auch nach gemeinem Recht Eigenthümer des Gebäudes werde.

[4]) Lübische Urk. v. J. 1357 bei Pauli Lüb. Zustände I. S. 200 no. 53[a]. — Nürnberger Reform. v. 1564 XXVI. 10: ein Keller oder eine Kammer

Gerichte an, daß einzelne Theile eines Hauses nur bei einer Vertikaltheilung verschiedenen Personen gehören können, und daß bei horizontaler Theilung entweder ideelles Miteigenthum mit Regelung

---

unter dem Gebäude des Andern. — Frankf. Reform. VI. 4. § 6: es soll nicht mehr, wie früher es oft geschehen („wie noch vor augen") ein Haus unter mehrere Erben in der Weise getheilt werden, „daß einem theyl unden der Käller, dem andern das erst, wiederumb dem andern das zweyt oder Oberst Stockwerk" zuertheilt werde. — Trotzdem kann auch noch heute in Frankfurt eine Fleischbank dem Einen gehören, während der Andere das Eigenthum an dem darunter befindlichen Keller oder an den über der Fleischbank befindlichen Räumen hat. Die Fleischbanken werden als selbständige, immobiliare Rechtsobjekte behandelt, welche in den öffentlichen Büchern eigne Bezeichnungen führen und unabhängig vom Recht am Hause selbst veräußert und verpfändet werden können (Seuffert IX. no. 264; das Lübecker Oberappellationsgericht läßt es unentschieden, ob man an Eigenthum in vollem Sinne zu denken habe). — Eine Anzahl von baier. Statutarrechten führt Roth II. § 120 N. 35, 36 an, wie auch nach einem Erkenntniß des Münchener O. A. Ger. Einer den Keller im Hause des Andern durch Usukapion erwerben kann (Seuffert XXI. no. 99); vgl. auch Erk. bei Hauser Ztschr. IV. S. 202 f. Nach Ansbacher Statutarrecht kann man besonderes Eigenthum an dem obern Stockwerk haben und eine Hypothek an demselben bestellen, Seuffert XXXVI. 106; auch erklärt der baier. Entwurf art. 212, 213 es für möglich, daß verschiedene Stockwerke eines Hauses oder räumlich ausgeschiedene Theile desselben verschiedenen Personen gehören.

In seinen Sätzen folgt der baier. Entw. dem Code civil art. 664: lorsque les différens étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires u. s. w.; vgl. auch art. 553. Diese Artikel stehen in direktem Gegensatz gegen art. 552: „la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous", woher sie von bloßer superficies oder andern dinglichen Rechten verstanden werden; vgl. Zaun S. 218 N. 15. — Züricher Gesetzb. § 549: „Ausnahmsweise können verschiedene über einander liegende Abtheilungen eines Gebäudes oder auch das ganze Gebäude einerseits und der Boden andererseits verschiedene Eigenthümer haben .... Die Landschreiber sollen indessen bei Fertigungen von Rechtsgeschäften derartige Spaltungen des Grundstückes möglichst zu verhüten trachten." — Ueber andere Schweizer Partikularrechte König Bernische Civilgesetze II. S. 86 f.

Auch in Oestreich war dies früher möglich, Unger I. S. 415 N. 23. — Für diese Möglichkeit spricht sich auch Falck V. S. 246 N. 45 und Paulsen § 39 N. 8 aus. Das O. A. Ger. zu Kiel (Seuffert VI. no. 152) sagt, daß wenn ein Hausbesitzer zugleich Eigenthümer des Kellers im Nachbarhause sei, sein Eigenthum durch Einräumung einer superficies oder durch eine servitus oneris ferendi in Rücksicht auf den über dem Keller befindlichen Theil des Hauses beschränkt sei.

Während die ältere Praxis in Würtemberg (Seuffert XVIII. no. 242)

der Nutzung an einzelnen Theilen oder Eigenthum des Bodeneigenthümers anzunehmen sei, während die Andern eine Realservitut oder Superficies haben[5]).

Und es muß auch im allgemeinen, wo nicht eine entgegengesetzte Rechtsbildung durch Gesetz, Gewohnheitsrecht oder Praxis fest begründet ist, davon ausgegangen werden, daß der Eigenthümer des Bodens zugleich Eigenthümer des ganzen Gebäudes ist, welches sich über demselben erhebt, — und zwar nicht weil diese Auffassung römisch ist, sondern weil sie allein dem Wesen des Eigenthums und dem praktischen Bedürfniß entspricht und eine Abweichung von ihr zu mannigfaltigen Unzuträglichkeiten führt.

Ist einer Person ein fest bestimmtes, zeitlich unbegrenztes, vererbliches und veräußerliches Recht an bestimmten Räumlichkeiten eines Gebäudes eingeräumt, so empfiehlt es sich, dasselbe als ein dingliches Recht an einer fremden Sache, besonders als Superficies anzusehen, oder es ist je nach den Umständen ein ideelles Miteigenthum der Mehreren anzunehmen, bei welchem die Nutzungen nach horizontaler Scheidung vertheilt sind. Durch Eintragung im Hypothekenbuch kann diese Vertheilung dingliche Wirksamkeit erlangen.

In den meisten Fällen wird die erste Construktion ausreichen,

---

keine reelle Theilung annahm, sondern jedem der Miteigenthümer des Hauses das Recht auf vertikale Scheidung zusprach, wird in neuerer Zeit (vgl. das ausführl. Erk. bei Seuffert XXIV. no. 239) ein Würtemb. Gewohnheitsrecht behauptet, wonach, wenn die Etagen verschiedenen Eigenthümern gehören, die area in der Weise in gemeinschaftlichem Eigenthum stände, daß zu jedem Hausantheil ein dem Werth der Sondertheile entsprechender ideeller Antheil am Boden gehöre; vgl. auch XXIV. no. 299. — Diese Praxis vertheidigt insbesondere v. Krauß im Würtemb. Arch. f. R. u. Rechtsverwaltung XII. 1869. S. 329—364; vgl. aber dagegen Mandry ebendaselbst XIII. 1870. S. 193—224.

[5]) Für Sachsen Seuffert IV. 101 (Schletter Jahrbb. VIII. S. 2 no. 8), Hessen-Cassel Seuffert XIV. no. 10, XXXIV. no. 10, Braunschweig XXXVII. no. 97, Hessen-Darmst. Arch. f. prakt. R. W. N. F. XI. S. 79 ff., Preußen Förster III. § 168 N. 36, 37, Mecklenburg Buchka u. Budde Entsch. VI. S. 84 ff. — Ges. f. Schwarzb.-Rudolstadt v. 26. März 1858: es soll künftighin keine Theilung nach Stockwerken zulässig sein. Wo zur Zeit horizontale Theilungen bestünden, sei ein Miteigenthum der Mehreren nach ideellen Antheilen anzunehmen, „jedoch mit ausschließlichen Gebrauchsrechten an den ihnen zugewiesenen Haustheilen". — Coburger Gesetz v. 3. Juli 1869 art. 3: „Die Theilung eines Gebäudes ist unzulässig, wenn dasselbe durch eine senkrechte Scheidewand vom Grunde bis zum Dach in räumlich selbständige Theile nicht geschieden worden ist".

da eine Superficies nicht bloß mit Bezug auf das ganze Gebäude, sondern auch auf den Keller oder einzelne Stockwerke bestehen kann, und durch Anerkennung dieses jus in re aliena die Interessen des sog. Eigenthümers gesichert sind[6]). Daß unsere Quellen den Ausdruck Eigenthum brauchen, kann nicht entscheiden, da es nur darauf ankommt, ob bei Annahme einer Superficies das praktische Bedürfniß befriedigt wird, und wir nicht genöthigt sind, alles für Eigenthum anzusehen, was unsere Quellen so nennen.

3. Auch mit Bezug auf Pflanzen, welche mit dem Boden verwachsen sind, nehmen ältere und neuere Quellen bisweilen ein gesondertes Eigenthum an, wenn eine andere Person, als der Grundeigenthümer das Recht hat die Früchte zu ernten oder sonst in seinen Nutzen zu verwenden[7]). Man schrieb den Bäumen, dem Getreide, den Früchten u. s. w. schon vor ihrer Trennung vom Boden eine gesonderte Existenz zu und erklärte sie darum bisweilen für Mobilien[8]). Unter den neueren Gesetzbüchern sieht das Preuß. Landrecht es als möglich an, daß ein Anderer als der Grundeigenthümer

[6]) v. Wächter a. a. O. S. 49 ff., speziell über das sächs. R. S. 217 f. — Dieser Ansicht sind auch Zaun und Mandry, besonders S. 202 ff. Das Kellerrecht wird als Servitut behandelt Entsch. d. Reichsger. IV. no. 40.

[7]) Vgl. das genauere unten in der Lehre von dem Erwerb der Früchte.

[8]) Kraut § 63 no. 53, 54. — Aachener Stadtr. aus dem 15. Jahrh. (Lörsch Aachener Rechtsdenkmäler 1871. S. 101 ff.) art. 17 § 3: Item dat gras op den benden steyt, vur sint Johains messe ist varen have ind des anderen dages dar nae ist erve, as verre alst darop nach is gemeyt off ungemeyt. — Kurköln. Rechtsordn. VII. § 7 (Maurenbrecher rhein-preuß. Prov. R. I. S. 429): „Unter dem Namen solcher Fahrnüs . . . soll . . . angesähete Feldfrüchten, Wein an den Stöcken . . . Baum-, Obst- und Grasgewächs . . . verstanden werden.“ — Wunderbar ist die Bestimmung des Breidenbacher Landbrauchs (E. Stammler das Recht des Breidenbacher Grundes 1882. S. 50), daß wenn Grundstücke getheilt werden, die Obstbäume auf ihnen gemeinschaftlich bleiben und das Obst jährlich — oft unter sehr viele Interessenten — getheilt wird. Es wird dieselbe erst durch die Hessische VO. v. 1797 § 38, 39 aufgehoben (Stammler S. 82). — Ein Berner Gesetz v. 24. Okt. 1849 (König Bernische Civilgesetze II. S. 87) erklärt das Eigenthum an Bäumen auf eines Andern Grundstück für loskäuflich; auch sollen solche Rechte künftig nicht mehr errichtet werden.

Dieser Auffassung stehen entgegen zahlreiche schweizerische Weisthümer, welche die unabgesonderten Früchte zum Gut selbst zählen, z. B. Grimm W. I. 14. § 31, 32, I. 45, I. 275 (vgl. auch 361), IV. 273. § 12, V. 205. § 13,

das Eigenthum an den auf dem Boden wachsenden Bäumen hat[9]). Es bestimmt, daß „die Früchte einer Sache gleich bei ihrem Entstehen das Eigenthum desjenigen sind, welcher das Nutzungsrecht der Sache hat“[10]), und daß „das Eigenthum des Samens oder der Pflanzen, womit fremder Grund und Boden bestellt werden, sobald ersterer ausgesäet ist und letztere Wurzeln getrieben haben, demjenigen anheim fällt, welchem das Nutzungsrecht des Bodens zukommt[11]).“ Auch erklärte eine partikuläre Praxis die noch nicht getrennten Früchte (die Früchte auf dem Halm) für selbständige bewegliche Sachen, welche ein Objekt der Mobiliarexekution bilden[12]) und die neuere Reichsgesetzgebung hat dies allgemein für zulässig erklärt[12a]).

Die ganze Auffassung ist aber für das moderne Recht als höchst singulär zu bezeichnen und hat im übrigen in den neueren Codifikationen nicht Platz gegriffen[13]).

VI. 341. § 16, von spätern Quellen z. B. Frankf. Ref. II. 3. § 4, Würtemb. Statutarrechte bei Wächter I. S. 203 N. 3.

[9]) Preuß. Landr. I. 22. § 199, 200, 243—245.

[10]) I. 9. § 221.

[11]) I. 9. § 275. Danach würde also der Pächter Eigenthümer der von ihm gepflanzten Bäume sein, dies Eigenthum aber beim Ende der Pacht verlieren. Vgl. auch Sächs. G. B. § 284 und unten § 112 N. 9.

[12]) Seuffert XXIV. no. 209 (Oldenb.), wo sich auch zahlreiche Literaturnachweise finden. Vgl. auch Waldeck im Arch. f. civ. Praxis LV. S. 482—510 und Francke in d. Ztschr. f. Hannov. R. V. S. 231 ff.

[12a]) Civ. Pr. O. § 714: „Früchte können, auch bevor sie von dem Boden getrennt sind, gepfändet werden. Die Pfändung darf nicht früher als einen Monat vor der gewöhnlichen Zeit der Reife erfolgen.“ Vgl. auch § 725.

[13]) München. Erk. bei Hauser Ztschr. IV. S. 380 f.: wer Früchte auf der Wurzel kauft, wird ihr Eigenthümer erst mit ihrer Trennung vom Boden und kann daher der von einem Andern durch Pfändung der betreffenden Früchte erwirkten Vollstreckung nicht widersprechen. — Gegen die Ansicht des Preuß. O. Trib., daß der Besitz stehender Bäume durch symbolische Uebergabe, namentlich vermittelst Anschlag mit dem Forsthammer erlangt werden kann, vgl. Förster III. § 160 N. 31, 32, Randa Besitz § 11 N. 19 und das Münchener Erk. bei Seuffert XIX. no. 123. — Die von Beseler § 89 N. 3 angeführten Stellen beweisen nur, daß wenn Jemand Bäume in einem Wald mit einem Zeichen versieht, kein Anderer sich dieselben aneignen darf, nicht aber daß er selbst an ihnen bereits Eigenthum erworben hat.

§ 80. Das sog. getheilte Eigenthum[1]).

I. Der Mangel an einem festen Eigenthumsbegriff, das Schwanken des Sprachgebrauchs, das Hervortreten des Rechts desjenigen, welcher die Gewere hat und die Nutzungen zieht, haben es bewirkt, daß man sehr weit gehende Nutzungsrechte einzelner Personen an Grund und Boden, besonders das Recht des Vasallen und des Bauern[2]), auch als Eigenthum auffaßte und die italienische Theorie von einem dominium directum und utile schon früh auf diese Verhältnisse verwendete[3]). Wenn man sich auch dessen bewußt war, daß

---

[1]) Duncker über dominium directum und utile, in d. Zeitschr. f. deutsch. R. II. 1. S. 177—212.

[2]) In Betreff des Erbzinsrechts vgl. oben § 78 N. 8.

[3]) Kraut § 74 führt für diesen Sprachgebrauch nur 3 Urkunden an; no. 8 aus d. J. 1156 ist unecht und aus dem berüchtigten östr. privilegium majus entnommen, no. 9 u. 10 gehören dem 14. Jahrh. an. Ich gebe daher noch einige weitere Belege, welche zeigen, daß sich diese Auffassung zunächst im Süden einbürgerte: Urk. v. J. 1276 (Oestr. Notizenblatt. 1854. S. 39 .a. E.): sive teneat dominio utili vel directo aut utroque. — Züricher Urk. v. 1307 (Bluntschli Zür. R. G. I. S. 267 N. 251): ein Bürger verkauft sein jus hereditarium seu utile dominium an einem Hause. — Basler Urk. v. 1313 (Arnold Eigentum in den deutschen Städten S. 84): proprietatem et dominium utile et directum dictorum redditnum ac domus . . . . transferentes. — Basler Urk. v. 1316 (Heusler in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. VI. S. 133): quorum quidem bonorum seu possessionum dominium directum ad . . W. pertinet. — Urk. v. 1348 (Mone Zeitschr. VI. S. 355): transferens . . . jus, dominium utile et directum, proprietatem et possessionem curiarum. — Urk. v. 1356 (Gengler corp. juris munic. I. 563): der Erzbischof von Cöln habe utile dominium civitatis Coloniensis. — Urk. des Grafen von Savoyen v. J. 1365 (franchises de l'ancien diocèse de Genève p. 27 f.): directo dictarum rerum dominio, homagio, usagio et aliis servitutibus nobis et nostris successoribus in posterum reservatis. — Prager Urk. aus der Mitte des 14. Jahrh. (Tadra Cancellaria Arnesti. Wien 1880 p. 172, 186): omne jus proprietatis et directi dominii ac utilitatis predictorum redditnum; verumque dominium tam directum quam utile. — Basler Urk. v. 1368 (Arnold a. a. O. S. 84): redditus suos . . . et eorum proprietatem et dominium et omne jus . . . transferentes. — Brünner Schöffenb. 283: emphiteota utile dominium . . . transferre potest in alium, quia rei venditae utilis actio sibi datur; vgl. auch 284.

Maurenbrecher § 244 behauptet irrthümlich, daß das Institut des getheilten Eigenthums lediglich auf Juristenrecht beruhe und in den Quellen des Mittelalters noch nicht enthalten sei.

das vasallitische Recht oder das Erbzinsrecht kein wirkliches Eigenthum sei, nannte man es doch Eigenthum im Sinne von Herrschaftsrecht über die Sache; man erklärte es für eine Art Eigenthum: utile dominium, Nutzungseigenthum.

Die Theorie der Glossatoren hatte einen ganz andern Ausgangspunkt genommen: sie bezeichneten die mit einer utilis petitio rei geschützten dinglichen Rechte, zunächst das des Superficiarius und des Emphyteuta, später auch das vasallitische und das nach Analogie der Emphyteuse behandelte bäuerliche Nutzungsrecht als dominium utile und verstanden darunter ein nach Analogie des Eigenthums (utiliter) zu behandelndes Recht, während der Eigenthümer mit seiner actio directa ihnen als dominus directus galt[4]).

Obgleich die Libri feudorum das vasallitische Recht als possessio per beneficium im Gegensatz gegen die proprietas des Lehnsherrn bezeichnen und vom Vasallen sagen, daß er tanquam dominus a quolibet possidente possit sibi quasi vindicare[5]), sprechen die spätern Feudisten doch auf Grund der rei vindicatio utilis von einem dominium utile.

In Deutschland aber verstand man unter dem dominium utile ein mit dem Nutzungsrecht verbundenes dingliches Recht, das Nutzungseigenthum; man nannte es auch Untereigenthum im Gegensatz gegen das dem eigentlichen Eigenthümer verbleibende Obereigenthum[6]). Dieser Sprachgebrauch ging auch in die Reichsgesetzgebung und einzelne ältere Landesgesetzgebungen über, ohne daß er zunächst von Einfluß auf die Behandlung des dinglichen Rechts geworden wäre[7]).

Eine Verwerthung der Terminologie zu einer besonderen Theorie versucht dagegen das Preuß. Landrecht[8]): der nutzbare Eigenthümer,

---

[4]) Ueber diese italienische Auffassung vgl. Thibaut Versuche II. S. 70 ff. und die Stellen bei Kraut § 74 no. 1—7, 11, 13.

[5]) II. F. 8. § 1 u. § 4.

[6]) Gegen diese Auffassung protestirte Zasius in der bei Eichhorn Rechtsg. IV. § 565 N. d. abgedr. Stelle: Hoc loco novisse debebis, quod utile hic non intelligitur, quasi dominium ferens utilitatem, sed ideo dicitur utile, quia est minus perfectum . . . Unde practici qui utile dominium nominant das nuzbare Eigenthum non videntur bene sentire.

[7]) Vgl. die Stellen bei Duncker S. 209 N. 5 und Kraut § 74 no. 15, 16.

[8]) I. 18. § 1—12, in dem Titel „vom getheilten Eigenthume", welcher die Lehen und Erbzinsgüter behandelt, vgl. auch I. 8. § 19, 20.

habe das zum Eigenthum gehörige Nutzungsrecht in seinem besondern und ausschließenden Eigenthum, er könne über den Gebrauch der Sache so weit verfügen, als dadurch nicht die Rechte des Obereigenthümers geschmälert werden, er ziehe allen Vortheil, welcher unbeschadet der Substanz erhalten werden könne, auch die außerordentlichen Nutzungen, er habe alle Lasten zu tragen. Ein Prozeß, welcher mit dem dominus directus, resp. utilis allein geführt sei, bleibe ohne Wirkung für das Recht des andern Eigenthümers[9]). Ein solches getheiltes Eigenthum bestünde außer bei Lehen und Bauergütern auch bei Familienfideikommissen, indem der Besitzer das nutzbare, die ganze Familie das Obereigenthum habe[10]).

Das Oestr. Gesetzbuch, welches gleichfalls das getheilte Eigenthum annimmt, stellt ebenso allgemeine Grundsätze über die Behandlung der beiden Arten auf und bezeichnet als Fälle des Nutzungseigenthums Lehn-, Erbpacht- und Erbzinsgüter und Familienfideikommisse[11]). In ähnlicher Weise hat diese Auffassung auch in andern Partikularrechten Platz gegriffen[12]), während die französische und sächsische Gesetzgebung sie unbedingt verwerfen[13]).

In der modernen Literatur herrscht Streit darüber, ob der Sprachgebrauch und der Begriff des getheilten Eigenthums aufrecht zu erhalten sei. Freilich hat derselbe insofern an Bedeutung verloren, als die hauptsächlichsten Institute, für welche man das getheilte Eigenthum annahm, durch die neueste Gesetzgebung beseitigt sind: das Nutzungsrecht der Vasallen und Bauern hatte in allmäliger Entwickelung sich in dem Maß gekräftigt und zu einem dem Eigenthum fast äquivalenten Recht erweitert, daß die neueste Zeit

---

[9]) I. 9. § 10, 11, vgl. auch I. 18. § 258.

[10]) II. 4. § 72, 73.

[11]) Oestr. Ges. B. § 357—359, 629, 1124 ff.

[12]) Baden'sches Landr. art. 544[e], art. 577[aa] bis [ar] mit theilweise selbständigen Sätzen, baier. Gess. bei Roth § 119 N. 7, würtemb. Gess. bei v. Wächter II. S. 301 N. 26, Reyscher II. § 283 N. 4. Ueber Hausgesetze, welche dem einzelnen Familienglied eines hochadligen Hauses an den Familiengütern das dominium utile zuschreiben, während dem Haus in seiner Gesammtheit das volle Eigenthum zustehe, vgl. Gierke in Grünhut's Ztschr. V. S. 569 ff. — Einzelne Gesetze citirt noch Mittermaier § 156 N. 10, Falck V. S. 187 N. 2.

[13]) C. civ. 543 u. Sächs. Ges. B. § 226.

unter Aufhebung des schattenhaften Obereigenthums des Lehns- und Gutsherrn dem Vasallen und Bauern wirkliches Eigenthum ertheilen konnte[14]). So bleibt als Anwendungsfall nur das Familienfideikommiß bestehen. Indessen dürfen wir uns doch der Beantwortung der folgenden beiden Fragen nicht entziehen: 1) liegt ein Bedürfniß vor, dem römischen Recht entgegen ein getheiltes Eigenthum anzunehmen? und 2) soll, wenn dies nicht der Fall ist, auch der Sprachgebrauch Ober- und Nutzungseigenthum, dominium directum und utile aufgegeben werden?

Was die erste Frage anbetrifft, so handelt es sich, indem wir vom Familienfideikommiß absehen und für dieses auf den spätern Abschnitt verweisen, um Nutzungsrechte der ausgedehntesten Natur, bei welchen der Berechtigte fast alle im Eigenthum enthaltenen Rechte ausüben darf: er darf das Gut voll nutzen, mit mehr oder weniger Beschränkungen veräußern, mit Schulden belasten, er ist zu Prozessen legitimirt u. s. w. Aber trotzdem ist er kein wahrer Eigenthümer: es ist unbestritten, daß das Gut nicht Eigenthum des Vasallen resp. Bauern, sondern des Lehnsherrn, resp. Gutsherrn ist. Vasall und Bauer haben ein Recht an einer fremden Sache. Weil aber ihre Berechtigung fast die Gesammtheit der im Eigenthum enthaltenen Rechte absorbire, nehmen doch auch heute noch zahlreiche Gelehrte ein doppeltes Eigenthum an, auf der einen Seite Nutzung und Proprietät, auf der andern Seite die übrigen Rechte der Proprietät[15]). Sie stellen über den Inhalt des Ober- und des Nutzungs-

---

[14]) Aus dieser Umwandlung zum vollen Eigenthum entnimmt Bluntschli § 60. 1 ein Beweismoment dafür, daß das Recht des Vasallen und Bauern bereits vorher eine Art Eigenthum gewesen sei.

[15]) Aeltere Literatur über den Streit bei Runde § 264; von neueren: Mittermaier § 156, Maurenbrecher § 244—246 (der dominus utilis sei als Berechtigter in re aliena zu denken; aber er könne vor der Welt als Eigenthümer auftreten; sein Verhältniß zum Herrn gehe den Dritten nichts an, wenn ihn dieser sich als Eigenthümer geriren läßt), Beseler § 82 (seine Rechtfertigung: es habe „das System der Gewere, welches eine Beschränkung des Eigenthumsbegriffs als möglich zuläßt, in dieser Beziehung einen gewissen Einfluß auf das moderne Rechtsleben ausgeübt", leidet an großer Unbestimmtheit), Bluntschli § 60, Walter § 132, Stahl Rechtsphilosophie II. 1. S. 387, Falck V. S. 147 f., 186, wie es scheint auch v. Savigny VIII. S. 305; — mit Rücksicht auf das Mittelalter Arnold Eigentum in den deutschen Städten S. 59 (vgl. dagegen Förster III. § 167 N. 20), Heusler Gewere S. 123,

eigenthums äußerst dürftige, vage[16]) Sätze auf. Dieselben sind aber auch überflüssig; denn da es sich nur um die Verhältnisse bei Lehn- und bei Bauergütern handeln soll[17]), liegt kein Bedürfniß vor, für diese beiden, im übrigen so verschiedenen Arten von Gütern einzelne gemeinschaftliche sehr allgemein gehaltene Rechtssätze zu entwickeln. Auch zeigen die erheblichen Differenzen, welche, sobald es sich um Folgerungen aus dem Begriff des Nutzungseigenthums handelt, hervortreten, wie wenig dieser Begriff zur Entwickelung von Folgesätzen geeignet ist[18]).

Somit ist das Nutzungseigenthum ein für das moderne System unbrauchbarer Begriff. Wenn sich das ältere Recht unbekümmert um die juristische Logik entwickelte und das Wort Eigenthum in vieldeutigem Sinne nahm, so hat doch die Wissenschaft zu prüfen, ob dasjenige, was Eigenthum genannt wird, auch wirklich Eigenthum ist[19]) und bleibt es ewig ein logischer Widerspruch, ein Recht, welches nicht Eigenthum, sondern nur „ein Ausfluß von diesem ist", für Eigenthum zu erklären[20]).

134, vgl. auch S. 56 f. (dagegen Laband Rezension S. 391 f., 394 f.), Franken franz. Pfandr. I. S. 142.

Gegen das getheilte Eigenthum erklären sich unter Andern: Thibaut u. Duncker a. a. O., v. Gerber § 77, Förster III. § 167 N. 17 ff., Tomaschek das Heimfallsrecht. 1882. S. 23 f., für das österr. Recht Randa Besitz S. 22 ff. — Schwankend äußert sich Gengler (3. Aufl.) § 39. 2.

16) Dahin gehört Bluntschli's (§ 160) Satz: „der Obereigenthümer kann verlangen, daß der Nutzeigenthümer ihn als den höheren Eigenthümer ehre".

17) Hier nur bestehe gemeinrechtlich (?) getheiltes Eigenthum; für andere Rechtsverhältnisse sei es nur partikularrechtlich begründet, Beseler § 82 N. 11.

18) Während die Gesetze z. B. über die Frage, wer Eigenthümer des Schatzes werde, positive, allerdings unter einander abweichende Bestimmungen enthalten (vgl. unten § 149 N. 31) sagt Maurenbrecher § 246 N. 4, Bluntschli § 60 und Gerber § 125 N. 2, daß der dominus utilis ihn nicht erwerbe, weil er nicht zu den Früchten, sondern zur Substanz gehöre; dagegen zählt ihn Beseler § 82 N. 14, § 159 N. 10 zu den außerordentlichen Erträgnissen, welche dem dominus utilis zufallen; für die letztere Ansicht vgl. auch Weber Lehnrecht IV. S. 337, Busch Beiträge zum Meierrecht S. 38 f., Emminghaus S. 502 no. 46.

19) Dies gegen den Vorwurf, welchen Bluntschli § 60 denen macht, welche „alle wirkliche Rechtsbildung jederzeit nach einer logischen Formel bemessen".

20) Walter § 132 N. 10 sagt: „als ob nicht die Jurisprudenz auch neue

Auch besteht keine Gefahr einer falschen Beurtheilung, wenn man das betreffende Recht als ein jus in re aliena betrachtet[21]), — im Gegentheil kann das Nutzungseigenthum leicht zu falschen Folgerungen verführen[22]).

Eine andere Frage ist es, ob man den Sprachgebrauch unbedingt verwerfen soll[23]). Sie ist meines Erachtens zu verneinen. Wenn man sich dessen bewußt bleibt, daß der dominus utilis kein Eigenthümer ist, und wenn man alle unzulässigen Folgerungen aus dem Eigenthumsbegriff vermeidet, darf man unbedenklich von Untereigenthum, Nutzungseigenthum, dominium utile reden, da sich dieser Ausdruck in der Literatur und den Gesetzen fest eingebürgert hat[24]).

II. Beachtenswerth ist noch eine andere Eigenthümlichkeit des deutschen Rechts, bei welcher man mit Recht von getheiltem Eigenthum reden könnte. Da manchen Personen in Rücksicht auf ihre allgemeine rechtliche Stellung, z. B. Fremden, Geistlichen, Juden u. s. w. der Erwerb von Grundstücken verschlossen war, versuchte man bereits im Mittelalter dies Verbot durch eine, zeitweise auch durch Gesetze gebilligte Operation zu umgehen, indem man die an und für sich zum Erwerbe unfähige Person mit einer erwerbsfähigen Person zusammen das Grundstück erwerben ließ. Der Vertreter ist nach innen hin, im Verhältniß zu derjenigen Person, welcher durch seine Zuziehung zum Erwerbe verholfen werden soll, nicht Eigenthümer, er hat keine Herrschaft über die Sache, sondern tritt nur nach außen hin in denjenigen Beziehungen, in welchen der Andere der Ergänzung seiner Rechtsfähigkeit bedarf, als berechtigt auf und ist andrerseits auch zur Erfüllung der auf dem Grundstück lastenden Pflichten verbunden,

---

Begriffe formuliren könnte?" Sicher! Aber es müssen auch wirklich wissenschaftliche Begriffe sein.

[21]) Mittermaier § 156 befürchtet, man würde sonst leicht das Recht als Pacht oder Nießbrauch auffassen.

[22]) Wie z. B. Bluntschli § 60 a. E. zu dem falschen Satz kommt, daß das Obereigenthum beim Untergang desselben in der Person des Herrn zu Folge einer Appropriation an den Nutzungseigenthümer falle; vgl. darüber Duncker a. a. O. S. 208 f.

[23]) Dies will Duncker und v. Gerber § 77 N. 7.

[24]) Dies ist die Ansicht von Eichhorn § 160 (welcher übrigens § 276 als dominium utile auch das Recht des Bergbauberechtigten bezeichnet), Bruns Encykl. § 42, v. Meibom Mecklenb. Hyp. R. S. 116 N. 2.

indem sich die Gemeinde oder dritte Personen an ihn deswegen halten können. Aehnlich wie beim römischen quiritarischen und bonitarischen Eigenthum erscheint hier der Eine wie ein Eigenthümer und übt der Andere realiter die Eigenthumsrechte aus[25]). Aehnlich wie im Gebiet des Lehnrechts ein Lehnsunfähiger, wenn er das Gut mit einem Lehnsträger zusammen empfängt, das vasallitische Recht ausüben darf[26]), bediente man sich im Stadtrecht und Landrecht eines Treuhänders (manus fidelis), eines Salman[27]), um dem Erwerber die Wirkungen des Eigenthums zu verschaffen: erst in beiden Personen zusammen kommt das Eigenthum nach allen seinen Richtungen hin zur Erscheinung.

So wurde in Lübeck, Hamburg, in einigen Städten Baierns, in Frankfurt a. M. zu Gunsten eines Nicht-Bürgers das Grundstück in den Stadtbüchern auf den Namen des Treuhänders eingetragen und dabei vermerkt, daß es ihm nur ad manus fideles zugeschrieben sei. In Lübeck und Frankfurt wurde dies Verfahren schon im 16. Jahrh. verboten[28]), in Hamburg blieb es bis zum Anfang dieses Jahrhunderts im Gebrauch[29]).

III. Endlich ist noch zu erwähnen, daß mehrere neuere Partikularrechte zu einer Duplizität des Eigenthums insofern gelangen, als nach ihnen das Eigenthum an Grundstücken nur durch Tradition erworben wird, aber der Erwerber verpflichtet ist sich im Grundbuch als Eigenthümer eintragen zu lassen. Unterbleibt die Eintragung des neuen Erwerbers, so besteht ein doppeltes Eigenthum, das des im Grundbuch Eingetragenen und das desjenigen, welcher das Eigenthum durch Rechtsgeschäft mit dem früheren Eigenthümer und durch erfolgte Tradition erworben hat[30]).

---

[25]) Stobbe Zeitschr. f. Rechtsg. VII. S. 431—435.

[26]) Vgl. unten § 119 III. Dasselbe kommt auch für Bauergüter vor, vgl. Stobbe S. 434 f., Gierke Genossenschaftsrecht I. S. 166, II. S. 89, 207.

[27]) Einer Uebergabsperson, an welche die Uebertragung zum Vortheil eines Andern erfolgt.

[28]) Rev. Lüb. R. I. 2. art. 5, Frankf. Ref. II. 3. § 10.

[29]) Baumeister Hamb. I. S. 205—210.

[30]) Das genauere unten § 93 N. 28 ff.

§ 81. Miteigenthum und gesammte Hand. A. Geschichte[1]).

Während das römische Recht die Vermögenssphäre jeder Person bestimmt von der aller Uebrigen abgrenzt und auch wenn Mehrere an derselben Sache gleichmäßig berechtigt sind, Jedem ein, allerdings nur der Idee nach, fest begrenztes Recht zuschreibt, kennt das deutsche Recht neben dem Miteigenthum nach ideellen Quoten noch ein anderes Gemeinschaftsverhältniß, die gesammte Hand. Hier gehört die Sache oder das Recht mehreren zusammen, ohne daß jedem einzelnen eine fest bestimmte Quote zugewiesen ist: nur nach außen hin, gegen Dritte ist das ihnen zusammen zustehende Recht abgegrenzt, während nach innen hin es an der Veranlassung und dem Bedürfniß fehlt, die Vermögenssphäre der Einzelnen gegen einander genau zu scheiden.

Andererseits bestanden und bestehen auch in Fällen des Miteigenthums, theils auf Grund des objektiven Rechts theils zufolge des vom objektiven Recht gestatteten Vertragswillens der Miteigenthümer, mannigfache Abweichungen von dem römischen Recht, welche darauf berechnet sind, die Gemeinschaft unabhängig von dem Willen des Einzelnen zu erhalten; dahin gehört das Recht der Majorität Verfügungen über die Substanz zu treffen und den Willen der Minorität zu überwinden, die Ausschließung der Theilungsklage, der größere Einfluß, welchen der zu einer größeren Quote betheiligte Miteigenthümer hat u. s. w.

A. Geschichte.

Die gesammte Hand begegnet uns im Mittelalter bei den mannigfaltigsten Verhältnissen. Allod, Lehen[2]), Bauergüter werden von Mehreren zur gesammten Hand besessen; Gläubiger sind berechtigt, Schuldner sind verpflichtet zur gesammten Hand; es können mehrere Personen in Bezug auf ihr gesammtes Vermögen sich in

---

[1]) Duncker das Gesammteigenthum. Marburg 1843. — Stobbe in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. IV. S. 207—248. — Gierke Genossenschaftsrecht I. S. 424 f., II. S. 924 ff., besonders S. 947 ff., in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XII. S. 485 f. — Kohler in d. Ztschr. f. Französ. Civilr. IX. S. 276—284 und in Ihering's Jahrbb. XVIII. S. 377 ff.

[2]) Ueber Fälle des gemeinschaftlichen Burgbesitzes (Ganerbschaften) vgl. zuletzt E. Wippermann kleine Schriften. I. Ueber Ganerbschaften. Wiesbaden 1873.

Gesammthändergemeinschaft befinden u. s. w.[3]). In allen solchen Fällen fehlt es an dem praktischen Bedürfniß für die Zeit, während welcher die gesammte Hand besteht, den Einzelnen ideelle, bestimmte Antheile an dem betreffenden Vermögensobjekt zuzuschreiben; eine Sonderung nach bestimmten Quoten wird erst bei Auflösung ihrer Verbindung erforderlich[4]).

Das Rechtsverhältniß wird hier ursprünglich nicht durch seinen sachenrechtlichen Inhalt erschöpft, sondern es besteht eine Zusammengehörigkeit der Personen, welche über ihre Verbindung durch das Objekt hinausgeht[5]). Sie erscheinen nicht als ein neues Rechtssubjekt, als eine juristische Person, sondern gelten wie eine physische Person, wie ein Leib, indem die Schranken der Individualität der Einzelnen aufgehoben sind[6]). Daß dies wenigstens die Auffassung des Mittelalters war, kann nicht bezweifelt werden und ergiebt sich aus der Symbolik, indem wenn die Gesammthänder bei rechtlichen Dispositionen

---

[3]) Wir stellen hier die Sätze über die gesammte Hand im allgemeinen und in besonderer Anwendung auf das Eigenthum dar, verweisen aber für die übrigen Fälle auf das Lehnrecht, die Lehre von der Gütergemeinschaft und das Obligationenrecht.

[4]) Die Gegner des sog. Gesammteigenthums (z. B. Duncker S. 16, 26, 51) geben sämmtlich zu, daß die römischen Sätze über communio nicht ausreichen, glauben aber doch ohne Zwang die Quotentheilung aufrecht erhalten zu können; über die Ansicht von v. Gerber und Walter vgl. Stobbe a. a. O. S. 216 f.

[5]) Es wird von den sog. Gesammthändern gesagt, daß sie einen gemeinschaftlichen Haushalt, ein Brod, einen Rauchfang haben; Belege bei Homeyer Sachsensp. II. 2. S. 458, 462 u. bei Stobbe S. 228 f., vgl. auch Wippermann S. 14. Aehnliche Ausdrücke in schwedischen Quellen: sie führen gemeinsame Küche, sie sind zusammen um Tisch und Tuch, sie sind zusammen um Asche u. Tisch, v. Amira nordgermanisches Obligationenrecht I. 1882. S. 186 f. Im Gegensatz heißt es von mehreren Personen, welche in demselben Haus wohnen und von denen Jeder sein nutz besunder suecht, sie seien in zwai protten, Tirol. Weisth. II. S. 16 Z. 6. — Schöffenurth. von Donyn (Zeitschr. f. R. G. IX. S. 27 N. 87): bei gesonderter Wohnung und Wirthschaft präsumirt man auch für Sonderung der Gewere.

[6]) Vgl. oben I. § 49 S. 387 f.; zustimmend Böhlau Rechtssubjekt und Personenrolle 1871. S. 62 N. 64. — Dem richtigen Gedanken geben diejenigen einen unrichtigen Ausdruck, welche eine juristische Person annehmen; zuerst, wie es scheint, Langsdorff in seiner Dissertation 1736 (praeside Senckenberg), vgl. Duncker S. 7 f.

tionen auftreten, sie ihre Hände in einander legen, um wie ein Körper zu erscheinen[7]). Darum sollen in einem Prozeß über das Gesammtgut nicht mehrere Gesammthänder, sondern nur Einer Zeugniß ablegen, darum leistet bei Lehen zu gesammter Hand nur Einer den Lehndienst, hat nur Einer die Pflicht der Folge an den neuen Herrn, wird bei Bauerngütern zu gesammter Hand nur beim Tode des ältesten Gesammthänders ein Besthaupt geleistet u. s. w.[8]).

Wir haben es hier nicht mit einer Unklarheit und Unfertigkeit zu thun, in deren Hintergrunde doch der Gedanke der Quotentheilung schlummerte; vielmehr man war sich, auch schon im Mittelalter, sehr wohl des Gegensatzes bewußt, welcher zwischen der gesammten Hand und der Berechtigung der Einzelnen nach ideellen Quoten besteht[9]). Doch fehlte es an festen Regeln; theils bildeten sich für die verschiedenen Arten von Anwendungsfällen (für die Gütergemeinschaft, für manche alten Almenden oder für Gewerkschaften beim Bergrecht, vgl. darüber oben I. § 55 IV und § 59 S. 483) besondere Grundsätze aus, theils wurden für einzelne Verhältnisse die speziellen Normen von den betreffenden Personen aufgestellt. Im allgemeinen kann man für Miteigenthum und gesammte Hand folgende Sätze behaupten:

I. Miteigenthum[10]).

1. Die Nutzungen werden unter den Einzelnen nach Verhältniß ihres Antheils am Eigenthum getheilt. Ist wegen der Natur des Objekts ein Zusammenbenutzen, z. B. von einer Wohnung, nicht möglich, so wird den Einzelnen successive eine zeitweise, alleinige Benutzung nach Verhältniß ihres Antheils (na marktale) zugesprochen[11]).

---

7) Stobbe S. 219 f. — Urk. v. 1366 (Wippermann S. 6): „daß . . wir . . bei einander als ein Persohn, das ist als gleiche Besitzer gemainer Lande bleiben . . . sollen und wollen“.

8) Stobbe S. 245, 246 ff.

9) Vgl. den quellenmäßigen Beweis bei Stobbe S. 217 ff. Ueber die Terminologie daselbst S. 221 f. — Ueber die Möglichkeit mannigfacher Zwischenstufen zwischen dem reinen Miteigenthum und der reinen gesammten Hand vgl. Gierke Genossenschaftsrecht II. S. 953 ff., auch S. 947 N. 23.

10) Für die Ausbildung des Miteigenthums ist interessant das Verzeichniß der Miteigenthümer an den 34 Kölner Mühlen, bei Ennen Kölner Geschichtsquellen III. no. 140, vgl. auch no. 8. a. 1270 und Hegel in den Chroniken deutscher Städte XIV. S. XXIII.

11) Stobbe S. 226 f.

2. Der Miteigenthümer darf seinen Theil veräußern und verpfänden[12]), soweit er nicht durch ein Vorkaufs- oder Retraktrecht seiner Genossen beschränkt ist[12a]).

3. Ueber das Ganze dürfen nur alle zusammen verfügen. Ist keine Uebereinstimmung zu erzielen und will sich die Minorität der Majorität nicht fügen, so kann erstere die Aufhebung der Gemeinschaft fordern. Zu diesem Zweck und überhaupt, wenn Einer aus der Gemeinschaft scheiden will, ist eine Veräußerung der Sache an Dritte nicht erforderlich, sondern es können diejenigen, welche ausscheiden wollen, einen Preis bestimmen, für welchen sie die Sache zu behalten oder den Andern zu überlassen bereit sind, (das sog. Setzen zu Gelde) und es haben diese Andern dann die Wahl[13]).

II. Gesammte Hand.

1. Ursprünglich forderte man, daß die Mehreren die Sache nicht bloß zusammen besitzen, sondern sich in ungetheilter Lebensgemeinschaft befinden (N. 5) und eben darum auch die Nutzungen des Guts gemeinsam ziehen und konsumiren[14]). Später bildete gesonderte Wohnung

---

[12]) Stobbe S. 224 f. — Stadtr. von Cleve aus dem 15. Jahrh. Tit. 112 § 15 (Zeitschr. f. Rechtsg. X. S. 245): Gemein guet off dinck en machmen niet pands gewis verbinden, dan soe voele als dat eenen an sin andeil treffet, want die geen recht vorder en hevet.

[12a]) Vgl. unten § 82 N. 17.

[13]) Ueber dies Setzungsrecht im allgemeinen und ganz besonders mit Bezug auf die Mitrheder ei vgl. neuestens R. Wagner Beiträge zum Seerecht. Riga 1880. S. 1 ff. — Ueber das Setzen des gemeinschaftlichen Schiffs zu Gelde vgl. auch Beseler Ztschr. f. deutsch. R. XVIII. S. 294 ff., Stobbe S. 225 f.; ebenso bei Häusern und sonstigen Grundstücken Stobbe S. 227 N. 19, Schröder ehel. Güterr. II. 3. S. 181 f., Glosse zu Sachsensp. III. 29. § 2 bei Steffenhagen Entwickelung der Landrechtsglosse I. 1881. S. 31, Dortmunder Stat. v. 1355 (Frensdorff S. 79 c. 50), Hammerbröker Recht (Hübbe) S. 89 c. 61, überhaupt Ostfries. Ldr. II. 87, 88, 264 und unten im Erbrecht bei der Lehre von der Auseinandersetzung der Miterben. — Vgl. auch Nürnb. Ref. 1564. XXIII. § 6 und Baumeister II. S. 399, 400. Die Hamburger Bestimmung der Statuten III. tit. 5 ist durch Gesetz vom 23. Okt. 1869 aufgehoben worden. — Ueber den Gegensatz dieses Majoritätsbeschlusses gegen den bei juristischen Personen Gierke Genossenschaftsrecht II. S. 939.

[14]) Unbegründeten Widerspruch erhebt Wippermann S. 14 N. 3; in der That fordern die ältern Quellen gemeinsamen Haushalt und dann ist gemeinsame Consumtion die natürliche Folge.

und Wirthschaft (Rauch und Brod) kein Hinderniß und trat eine ratenmäßige Vertheilung der Nutzungen ein[15]).

2. Im Gegensatz gegen das Miteigenthum sollen nicht bloß Verfügungen über die Substanz von allen zusammen vorgenommen werden[15a]), sondern darf auch kein Gesammthänder ohne Genehmigung der übrigen sein Anrecht einem Dritten abtreten. Will ein Gesammthänder aus dem Verhältniß ausscheiden, so kann er Auftheilung der Sache fordern, falls es sich nicht um ein seiner Bestimmung gemäß untheilbares Gut handelt, wie dies bei Ganerbschaften der Fall ist[16]): durch das Theilungsverfahren verwandelt sich das bisher unbestimmte Anrecht des Einzelnen in das Recht an einer bestimmten Quote.

3. Ganz besonders tritt der Gegensatz in Successionsfällen hervor. Stirbt ein Gesammthänder und hinterläßt Descendenten, so treten dieselben in die Gemeinschaft ein; nach manchen Rechten sind sie ohne Rücksicht auf ihre Zahl mit den übrigen gleich berechtigt, dagegen nach andern spätern Rechten, welche sich bereits von dem Gedanken der Quotentheilung beeinflussen lassen, treten sie an die Stelle ihres parens und erhalten zusammen gerade ebenso viel Recht, wie jeder der übrigen Genossen[17]). Hinterläßt er keine Descendenz, so haben die entfernteren Verwandten kein Erbrecht; durch den Fortfall des einen Genossen tritt dann überhaupt gar kein Erbfall ein. Das Gut, welches bisher z. B. vier Brüdern gehört hatte, gehört jetzt den drei überlebenden, ohne daß man behaupten darf, daß jedem von ihnen ein Drittel von dem Antheil des Verstorbenen angefallen sei[18]).

---

[15]) Stobbe S. 229 ff., 244 f., Pauli Abhandlungen III. S. 116 ff.

[15a]) Stobbe S. 234. Vgl. z. B. auch Wiener Stadtbuchordnung v. J. 1566 bei Tomaschek Rechte von Wien II. S. 182, 187.

[16]) Stobbe S. 234 f., über Ganerbschaften Wippermann S. 23 f. vgl. mit S. 28. Unzulässig ist die Theilung auch bei der gesammten Hand der Ehegatten.

[17]) Für die erste Auffassung läßt sich auch der Herold'sche Text der L. Salica 59. 5 (Merkel nov. 168) geltend machen: sed ubi inter nepotes aut pronepotes post longum tempus de alode terrae contentio suscitatur, non per stirpes sed per capita dividantur; vgl. auch v. Amira Erbenfolge und Verwandtschaftsgliederung. 1874. S. 18, 58.

[18]) Stobbe S. 237 ff., Wippermann S. 41 f.; vgl. auch die Wolfenb. Entscheidung vom J. 1868 bei Seuffert XXIV. no. 51.

§ 82. B. Neueres Recht.

Das Rechtsverhältniß der gesammten Hand hat im neueren Recht sehr an Bedeutung verloren; sehen wir von der ehelichen Gütergemeinschaft ab, so sind diejenigen alten Verhältnisse, für welche sie besonders zur Anwendung kam, dem Verschwinden nahe: Gesammtbelehnungen, Gesammthänderverhältnisse bei Bauergütern und Ganerbschaften[1]). Auch geht unser Recht, unter römischem Einfluß, darauf aus, den zusammen berechtigten Personen feste Quoten zuzuschreiben[1a]). Indeß giebt es doch auch gegenwärtig Miteigenthums-Verhältnisse, bei denen eine intellektuelle Quotentheilung zu keiner gesunden Construktion führt, und andererseits bestehen Rechtsverhältnisse mit Eintheilung nach Quoten, für welche aber doch die römischen Sätze nicht ohne Einschränkung gelten. So wie es im Mittelalter an einheitlichen Regeln gefehlt hatte, so ist auch im modernen Recht das Miteigenthum kein gleichmäßiges, von unabänderlichen Grundsätzen beherrschtes Institut, sondern es kommt je nach dem Objekt und je nach dem Personenverhältniß in verschiedener Gestaltung zur Erscheinung: bald stehen die Miteigenthümer lose neben einander, bald sind sie enger an einander gebunden und ist die Lösung des Verhältnisses erschwert oder ganz untersagt.

Den Gesammthänder-Verhältnissen des Mittelalters verwandt sind die offenen Handelsgesellschaften, bei welchen jeder Socius die Verfügung über das gesammte Gesellschaftsvermögen hat[1b]) und die (bereits oben I § 61 behandelten) Vereine ohne staatliche Bestätigung und juristische Persönlichkeit. Da ein solcher Verein kein selbständi-

---

[1]) Die Hauberge werden als juristische Personen behandelt, vgl. oben § 55 N. 15, § 56 N. 2a.

[1a]) z. B. Oestr. Gesetz v. 25. Juli 1871 § 10: „Das Miteigenthum an den zu einem Grundbuchskörper gehörigen Liegenschaften kann, sofern nicht besondere Vorschriften eine Ausnahme zulassen, nur nach im Verhältnisse zum Ganzen bestimmten Antheilen, z. B. zur Hälfte, zu Einem Drittel eingetragen werden".

[1b]) Lastig in Endemann's Handbuch I. S. 334 ff. erklärt die offene Handelsgesellschaft nicht für eine juristische Person, will aber auch das Gesellschaftsvermögen nicht als Miteigenthum der Gesellschafter auffassen. Die Schwierigkeiten, welche er sich selbst macht, lassen sich einfach beseitigen, wenn man das Gesellschaftsvermögen als Gesammtgut betrachtet; es ist Miteigenthum, aber nicht römisches Miteigenthum.

ges Rechtssubjekt, sondern nur die Summe seiner Mitglieder ist, steht den Mitgliedern zusammen das Eigenthum am Vereinsvermögen zu, aber ohne daß der Einzelne über eine Quote, über einen seiner Mitgliederschaft entsprechenden Antheil am Vermögen verfügen will und darf, ohne daß er bei seinem Ausscheiden eine Quote desselben verlangen darf, ohne daß überhaupt während des Bestehens des Vereins den Einzelnen intellektuelle Quoten gehören. Erst bei Auflösung des Vereins verwandelt sich das bisher nach Analogie der gesammten Hand aufzufassende Gemeinschaftsverhältniß in ein einfaches Miteigenthum und wird das Vermögen unter die zur Zeit der Auflösung vorhandenen Mitglieder vertheilt[2]).

Aber auch bei vielen andern Gemeinschaftsverhältnissen des neueren Rechts gelten bedeutende Abweichungen von den römischen Grundsätzen, so für die Ehegatten bei Gütergemeinschaft, für die Mitrhederei[2a]), für Almenden und Bergwerke, wenn sie nicht einer juristischen Person, sondern den Gemeindemitgliedern resp. den Gewerken gehören[3]) u. s. w.

1. Es kann nach gesetzlicher Bestimmung oder besonderer Festsetzung das gemeinschaftliche Eigenthum untheilbar sein, so daß der Einzelne wohl seinen Antheil veräußern, aber nicht auf reelle Theilung dringen darf[4]). So kann z. B. der Miteigenthümer eines Bergwerks bei einer ältern Gewerkschaft seinen Kux veräußern, aber nicht Theilung des Bergwerks und Ausscheidung seines Antheils am Vermögen fordern[5]). Neuere Gesetze bezeichnen das Verhältniß als Gesamnteigenthum[6]).

---

[2]) Wollte man ein einfaches Miteigenthum nach ideellen Quoten annehmen, so hätte man allerdings eine civilistische Construktion, aber eine solche, welche nirgends ausreichen würde, um die zur Anwendung kommenden Grundsätze zu erklären.

[2a]) Daß dieselbe keine juristische Person ist vgl. Goldschmidt in s. Ztschr. XXIII. S. 352 f., Gierke Genossenschaftsrecht III. S. 821 N. 203.

[3]) Vgl. darüber oben I. § 55. IV; § 59. II.

[4]) In Betreff der Almenden vgl. oben I. § 55 S. 447 f., 449. Die Anordnung der Untheilbarkeit kann auch noch jetzt getroffen werden, z. B. Seuffert XXIII. no. 109 (Stuttg.) über einen 1829 geschlossenen Vertrag, durch welchen die holzungsberechtigten Mitglieder einer Gemeinde das Miteigenthumsverhältniß an einem damals erworbenen Walde in dieser Weise feststellen.

[5]) Oben I. § 59 S. 483; über die Rhederei vgl. hier unten N. 14.

[6]) I. § 59 N. 3.

2. Während für Verfügungen über Benutzung der Sache und über das Schicksal der Substanz das römische Prinzip lautet[7]): in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi jus esse; in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat, haben, in Uebereinstimmung mit der schon im Mittelalter aufkommenden gemeinrechtlichen Theorie[7a]) die neueren Partikularrechte in verschiedenem Umfange die Entscheidung der Majorität gegeben[8]); und zwar wird

[7]) L. 28. D. X. 3.

[7a]) Gierke Genossenschaftsrecht III. S. 472 N. 270, S. 819 N. 196.

[8]) Preuß. Landr. I. 17. § 12: „Wenn es auf Verfügungen über die Substanz der gemeinschaftlichen Sache oder die Art ihrer Verwaltung oder Benutzung ankommt, so entscheidet in der Regel die Mehrheit der Stimmen". — In Betreff der Verwaltung und Benutzung der gemeinschaftlichen Sache vgl. Preuß. Landr. I. 17. § 37—43, Oestr. Ges. B. § 833 (Majorität bei „Angelegenheiten, welche nur die ordentliche Verwaltung und Benutzung des Hauptstammes betreffen"); Züricher Ges. B. § 562: „Im Verhältnisse bloßer Miteigenthümer sind keine Mehrheitsbeschlüsse zulässig, durch welche die Minderheit gebunden würde. Nur über die ordentliche Verwaltung und Benutzung des gemeinsamen Grundstückes entscheiden der oder die Miteigenthümer, welchen die Mehrheit der Antheile zusteht", vgl. mit § 559—561. — Ueber Bestellung eines Verwalters Pr. Landr. I. 17. § 37, 40, 41, Oestr. Ges. B. § 836. — Ueber Veranstaltungen zur Erhaltung der gemeinschaftlichen Sache Pr. Landr. I. 17. § 19 ff.; über Majoritätsbeschlüsse nach Preuß. R. vgl. Förster III. § 182 N. 18 ff., N. 41 ff. — Waldecker Allodifikationsgesetz v. 17. Aug. 1848 § 4: Wenn mehrere Personen ein Lehn zusammen besitzen, kann die Majorität, welche nach der Größe der Antheile berechnet wird, die Allodifikation beschließen; die Minorität muß sich fügen. — Das Sächs. G. B. § 330 hat das allgemeine Prinzip: „Zu einer Verfügung über die gemeinschaftliche Sache im Ganzen wird Einwilligung aller Miteigenthümer erfordert"; dann aber bestimmt § 331: „Sind die Miteigenthümer über die Art der Verwaltung und Benutzung einverstanden und ist nur über die Ausführung Meinungsverschiedenheit vorhanden, so entscheidet Stimmenmehrheit nach der Größe der Antheile". — In weitestem Umfange fordert Uebereinstimmung Aller das Baden'sche Landrecht art. 577[bb] bis [bd]. — Vgl. auch Cod. Maxim. Bav. IV. 13. § 3.

Ueber Reparaturbauten Wormser Ref. V. Theil 4 Tit. 4: wenn Einzelne sich weigern den Bau auszuführen, sollen sie ihre Antheile zum Vortheil derer verlieren, welche den Aufbau unternehmen wollen. — Frankf. Reform. VIII. 10: wenn der Bau vom Schöffenrath für zweckmäßig erklärt ist, sollen die Bauenden, selbst wenn sie in der Minorität sind, das Gebäude allein nutzen, bis ihnen die Andern pro rata die Baukosten ersetzen. — Vgl. auch Franken franz. Pfandrecht I. S. 134 f.

dabei die Majorität nicht nach der Zahl der Personen, sondern nach dem Verhältniß ihrer Antheile bemessen[9]). Die überstimmte Minorität kann Sicherstellung gegen den durch die Anordnung der Majorität möglicherweise sich ergebenden Nachtheil oder Aufhebung der Gemeinschaft fordern, resp. falls eine solche unthunlich erscheint, auf richterliche Entscheidung darüber provociren, ob der Majoritätsbeschluß zum gemeinschaftlichen Besten gereicht und daher durchgeführt werden soll[10]).

Mit Rücksicht auf Rhedereiverhältnisse[11]) sind solche Grundsätze für ganz Deutschland durch das Handelsgesetzbuch anerkannt, indem die nach der Größe der Schiffsparten berechnete Majorität entscheidet[11a]), auch wenn es sich um Auflösung der Rhederei und Veräußerung des Schiffs handelt[12]); Einstimmigkeit wird nur bei Abänderungen des Rhedereivertrages und bei Beschlüssen gefordert, welche den Bestimmungen des Rhedereivertrages und dem Zweck der Rhederei fremd sind[13]). Ein Recht der Minorität die Aufhebung des Verhältnisses zu fordern besteht nicht; vielmehr kann sie sich gegen mögliche Nachtheile aus Majoritätsbeschlüssen (z. B. bei größeren Reparaturen des Schiffs) nur durch unentgeltliches Aufgeben ihrer Schiffsparten sichern, welche dann den übrigen Mitrhedern zufallen[14]).

---

9) Preuß. Landr. I. 17. § 21 vgl. mit § 22, Oestr. Ges. B. § 833, Sächs. Ges. B. § 331.

10) Preuß. Landr. I. 17. § 13 ff., Oestr. Ges. B. § 834, 35.

11) Nachweise über Majoritätsbeschlüsse aus ältern Quellen Heise und Cropp jur. Abhh. I. S. 447 N. 7, Stobbe S. 225 f.

11a) Das Reichsoberhandelsgericht (Entsch. XVI. S. 380 ff.) hält einen eigentlichen Beschluß der sämmtlichen Rheder nicht für erforderlich, sondern betrachtet es als ausreichend, wenn einzelne Mitrheder, welche die Majorität der Schiffsparten besitzen, sich unter einander geeinigt haben.

12) art. 458, 459, 473.

13) art. 458 al. 2, 470 u. 473.

14) art. 468. — In älterer Zeit bestand für diesen Fall das sog. Setzen des Schiffs zu Gelde, vgl. § 81 N. 13. Dasselbe gilt nach dem Hand. G. B. nicht mehr. Jedoch ist der art. 468 in Mecklenburg-Schwerin nicht in Kraft und dort über das Setzen des Schiffs zu Gelde eine Bestimmung im Einführ.-Ges. v. 28. Dez. 1863 und eine abändernde Verordnung vom 22. Okt. 1869 erlassen worden. — Ueber Mecklenburgische derartige Rechtsfälle vgl. Buchka und Budde Entscheid. III. no. 37 S. 147 ff. (vgl. auch Goldschmidt Zeitschr. III. S. 196 f.) und Entscheid. des R. O. H. G. V. S. 187 ff. und über das

3. Der Miteigenthümer ist berechtigt über seine Quote zu verfügen, Rechtsgeschäfte abzuschließen, zu prozessiren[15]) u. s. w.; er kann sie insbesondere auch veräußern[16]). Weil aber die Miteigenthümer regelmäßig zugleich in einem persönlichen Verbande stehen, welcher ihnen gegen einander Pflichten auferlegt, durften früher im Fall einer Veräußerung die übrigen Genossen den Eintritt eines Fremden dadurch verhindern, daß sie ein ihnen gesetzlich zustehendes Vorkaufsrecht oder Retraktrecht (retractus ex jure condominii, Ganerbenrecht) geltend machten[17]). Dasselbe ist jetzt meistens aufgehoben[18]).

4. Ueber die Frage, ob der Miteigenthümer eines Grundstücks seine Quote mit Hypotheken belasten dürfe, gehen die Partikularrechte aus einander. Einzelne verbieten es und kennen nur eine Hypothek am ganzen Grundstück, für deren Bestellung die Genehmigung der sämmtlichen Miteigenthümer erfordert wird[19]); die meisten

---

Mecklenburgische Setzungsrecht überhaupt R. Wagner Beiträge zum Seerecht. Riga 1880 S. 21, 23 ff., 27 ff.

[15]) Das Urtheil in einem solchen Prozeß hat keine Wirksamkeit für das Recht der andern Miteigenthümer, z. B. Sächs. Ges. B. § 332.

[16]) Vgl. z. B. Preuß. Landr. I. 17. § 60 ff., Oestr. G. B. § 829, Sächs. G. B. § 329, Züricher G. B. § 555, Handels-G. B. art. 470. Insbesondere kann er seinen Theil im Grundbuch ohne Einwilligung der Genossen umschreiben lassen, z. B. Hamb. Ges. v. 4. Dez. 1868 § 9.

[17]) Stobbe S. 224, 225; mit Bezug auf Ganerbschaften Wippermann Ganerbsch. S. 28 f. — Urk. v. J. 1309 bei Höfer deutsche Urkk. II. no. 10, Grimm Weisthümer III. S. 346 § 2, Münchener Stadtr. art. 213, 268, Hadeler Landr. II. 11 (Pufend. I. app. p. 20), Purgoldt I. 98, Frankf. Ref. II. 5. § 1, 2 und daraus Lüneb. Ref. II. tit. 5, Baireuther Landes-Constitution 1722 tit. VI. § 5, Preuß. Landr. I. 17. § 61 ff., I. 20. § 573, Baden'sches Landr. § 577bf. — Ueber das baier. Recht, welches im Gesetz vom 10. Nov. 1861 dem Theilhaber an einer Gemeinschaft das „Vorkaufsrecht" zugesteht, vgl. Roth II. § 142 N. 10 ff.; vgl. auch Neubauer Zusammenstellungen 1880 S. 136.

[18]) Das Preuß. Ges. v. 2. März 1850 § 4 läßt bestehen: „das Vorkaufsrecht derjenigen, die eine Sache gemeinschaftlich zu vollem Eigenthum besitzen, an deren Antheilen, sowie das Retraktrecht der Miterben nach dem rheinischen Civilgesetzbuch". — Für einzelne Fälle des Miteigenthums ist es aber später in Preußen aufgehoben, so für Schiffsparten (früheres Recht im Preuß. Landr. II. 8. § 1437—44) durch Hand. G. B. art. 470, für Bergwerkskuxe (über älteres Recht z. B. Lörsch Kohlenbergbau im Reich Aachen. 1873. S. 58 f.) bereits durch das Preuß. Landr. II. 16. § 322 (auch § 282), Preuß. Berggesetz von 1865. § 104.

[19]) So nach dem R. v. Mecklenburg (v. Meibom Meckl. Hypoth. R.

dagegen gestatten dem Miteigenthümer die Verpfändung seiner Quote, insofern er dadurch nicht die Rechte seiner Genossen verletzt, besonders insofern er zur Veräußerung seiner Quote ohne Zuziehung der Andern berechtigt wäre[20]). Diese weichen nun aber weiter darin unter einander ab, daß einzelne bei Verfolgung des Pfandrechts das ganze Grundstück[21]), andere nur den Antheil des Einzelnen zur Sequestration oder Subhastation kommen lassen[22]).

Die vorstehende Darstellung hat ergeben, daß wenn mehrere Personen Miteigenthümer derselben Sache ohne Realtheilung sind, ihre Stellung zu einander und das Recht der Einzelnen gegen das römische Recht hin mannigfach modifizirt sein kann, sei es daß den Einzelnen keine Intellektualtheile zustehen, sei es daß ihnen das Recht auf Theilung zu bringen versagt ist, der Einzelne nicht frei über seine Quote verfügen darf u. s. w. Auf Grund dieser Beobachtungen stellte man in der Literatur dem Begriff des einfachen Miteigenthums oft den Begriff des sog. Gesammteigenthums gegen-

S. 113) und nach dem Hamb. Ges. v. 4. Dez. 1868 § 9 („zur Belastung eines Grundstücks, welches mehreren Personen zugeschrieben steht, ist die Einwilligung aller Miteigenthümer erforderlich").

[20]) Wormser Ref. V. 3. tit. 3 (zugleich mit Aufnahme der singulären römischen Bestimmung zu Gunsten des Fiskus, vgl. Windscheid § 165 N. 6). — Oestr. G. B. § 829, östr. Gesetz v. 25. Juli 1871 § 13 (Exner Oesterr. Hypothekenrecht S. 51 f., v. David in der österr. Gerichtszeitung 1881 no. 49, 50), Würtemb. Pfandges. v. 1825 art. 9, Sächs. G. B. § 388, Zür. G. B. § 555; Preuß. Landr. I. 17. § 69, Preuß. Hyp. Gesetz v. 1872 § 21; Hessen-Darmstädt. Pfandgesetz v. 15. Sept. 1858 art. 9; Recht v. Sachsen-Weimar, Schwarzburg-Sondershausen und Rudolstadt (Mascher das deutsche Grundbuch- und Hypothekenwesen. 1869. S. 252, 303, 320), nach baierischer Praxis (Regelsberger das Bayerische Hypothekenrecht S. 192 f., a. A. Roth II. S. 423 f.); weitere Nachweisungen bei Roth B. II. §. 188 N. 42.

[21]) z. B. Sächs. G. B. § 424 (Siegmann Sächs. Hypothekenr. S. 161 f.), R. v. Schwarzb.-Rud. (Mascher S. 320); nach der Bremer Handfestenordnung von 1860 § 37 für den entsprechenden Fall der Belastung des Grundstücks mit Handfesten.

[22]) Preuß. Ges. v. 1872 § 43, Baier, Entw. III. 182; österr. Praxis, Exner S. 525 ff., v. David S. 198. — Nach dem Hess.-Darmst. Hyp. Ges. v. 1858 art. 89 können die Gläubiger auf Subhastation der Quote oder zuerst auf Theilung der Sache antragen.

über, während Andere mit dem Begriff des Miteigenthums auskommen zu können glaubten.

Die Vertreter des sog. Gesammteigenthums verwendeten diesen dem römischen Recht fremden Begriff für die (hier außer Betracht bleibende) eheliche Gütergemeinschaft, für Gewerkschaften, Markgenossenschaften u. s. w., gingen aber, was sein Wesen und seinen Inhalt angeht, weit auseinander[23]).

a) Sehr verbreitet, bis in unser Jahrhundert hinein, war die Ansicht, daß hier ein condominium plurium in solidum bestünde[24]). Der logische Widerspruch, daß von Mehreren Jeder Eigenthümer des Ganzen sein solle, läßt sich nicht verdecken und es kann diese Ansicht im allgemeinen als aufgegeben bezeichnet werden.

b) Dasselbe gilt von der nicht gerade sehr verbreitet gewesenen Theorie, daß einer juristischen Person das Eigenthum und den Einzelnen, für sich gedacht, gar kein Antheil zustehe[25]). Es ist derselben unbedingt zu entgegnen, daß bei der Ganerbschaft, bei Lehen zu gesammter Hand, bei der ehelichen Gütergemeinschaft u. s. w. die Einzelnen, und nicht eine von ihnen verschiedene juristische Person,

---

[23]) Für die ältere Geschichte dieses Begriffs vgl. Duncker Gesammteigenthum S. 1 ff.; außerdem auch oben I. § 51 S. 405 f. über den mit dem Gesammteigenthum zusammenhängenden Begriff der Genossenschaft; vgl. besonders I. § 55 S. 451 N. 23.

[24]) Als ältester Vertreter dieser Theorie wird regelmäßig der pseudonyme Justus Veracius (libellus consuetudinum principatus Bambergensis zuerst 1681. 12°; vgl. über diese Schrift Gengler Lehrbuch. S. 202 N. 2) bezeichnet. Derselbe sagt mit Bezug auf die eheliche Gütergemeinschaft p. 59 (in d. Ausg. 1733): sic utriusque conjugis bona confunduntur, ut quivis eorum totius patrimonii in solidum dominus sit . . .; et maritus et uxor jure dicere potest, totum patrimonium meum est. — Ueber die weitern Vertreter dieser Ansicht vgl. Duncker S. 1—11, Kohler Privatfürstenrecht § 70: „Das Stammgut ist ein Gesammteigenthum der Familie und jedes wahre Mitglied der Familie hat daran ein solidarisches nicht theilweises Eigenthum, d. h. sein Miteigenthum erstreckt sich auf das ganze Gut und begründet dadurch den Begriff des Gesammteigenthums." — Arnold Eigentum in den deutschen Städten S. 168 sagt: „Ein Eigenthumsrecht, das Jedem ganz, Keinem allein gehörte", und Zachariä franz. Civilr. I. § 197: „daß ein jeder einzelne Eigenthümer schlechthin (in solidum) Eigenthümer der Sache ist, wenn auch das Eigenthum des Einzelnen durch das Eigenthum der Uebrigen in der Ausübung beschränkt wird."

[25]) Vgl. darüber Duncker S. 11—13.

als Subjekt des Vermögens erscheinen; die Ehegatten verlier[en nich]t durch Abschließung der Ehe ihr Vermögen an eine dritte [Perso]n, sondern bleiben noch weiter Subjekt desselben.

c) Darauf ist von einzelnen Germanisten, Eichhorn, Beseler, Bluntschli, Gierke u. s. w., ein Gesammteigenthum vertheidigt worden, welches sowohl Eigenthum der Gesammtheit, als der Einzelnen sei[26]). Es ist dies eine juristische Unmöglichkeit: entweder gehört das Eigenthum nur den Einzelnen oder nur einer von ihnen

---

[26]) Eichhorn § 168: als Subjekt des Eigenthums erscheine bald eine moralische Person, bald die Einzelnen. — Beseler Erbverträge I. S. 80 ff., 88, Juristenrecht S. 185 ff.; seine neueste Construction (Privatr. § 83): das Eigenthum sei so vertheilt, „daß neben dem Rechte der Gesammtheit selbständige Sonderrechte der einzelnen Mitglieder begründet sind“, soll nur für die Markgenossenschaft und die spätern agrarischen Genossenschaften gelten, während für die übrigen Fälle des Gesammteigenthums zugestanden wird, daß es an einem „einheitlichen Rechtsbegriff fehle, der sich für die juristische Construction besonders fruchtbar erwiese“. — Bluntschli Privatr. § 58 sagt mit Bezug auf die Almende: das Recht der einzelnen Märker sei nicht Miteigenthum; „ebenso wenig aber geht es, der Gemeinde als einer Universitas das ausschließliche Eigenthum an der Almende zuzusprechen“. „Im Verhältniß zu dritten Personen außer der Genossenschaft freilich konnten sowohl die Genossenschaft als die Genossen die Almende ... als ihr ausschließliches Eigenthum behaupten, nicht aber im Innern, wider einander“. Vgl. auch Bluntschli Züricher Rechtsgesch. I. S. 80 ff., besonders S. 81 und seine Bemerkungen zu § 567 des Züricher. G. B. („Es ist Gesammteigenthum d. h. Herrschaft der Genossenschaft und der Genossen in Gemeinschaft“). — A. Heusler in d. Ztschr. f. schweiz. R. X. S. 103 ff. (vgl. oben Band I. § 55 N. 23). — Gierke Genossenschaftsrecht II. S. 170 ff., 175 ff., 177 ff., 229 ff., 325 ff. mit Bezug auf die Almende: „Einheit und Vielheit kommen mit und durch einander zur Geltung“; „man stellte sich eine Gesammtheit, welche Einheit und Vielheit zugleich war, als Subjekt vor und zog im einzelnen je nach Bedürfniß bald aus der einen und bald aus der andern Seite des so beschaffenen Subjekts die rechtlichen Konsequenzen“ (S. 178); „es lag weder das Recht einer juristischen Person, noch das Miteigenthum Vieler, noch eine Verbindung von beidem, sondern einfaches Gesammtrecht vor, welches noch keins von beiden war und doch den Keim und Stoff von beidem enthielt“ (S. 179). „Das Gesammtrecht enthält sowohl ein Recht des Ganzen als ein Recht aller Genossen in sich, beides aber in begrifflicher Identität und thatsächlicher Vermengung. Es ist so wenig ein korporatives wie ein bloß gemeinschaftliches Vermögen, sondern ein den unentwickelten Keim von beidem in sich tragendes Gesammteigenthum“. — Vgl. auch Stahl Rechtsphilosophie II. 1. S. 386 f., und in Betreff des Preuß. Gesammteigenthums an Bergwerken v. d. Bercken in d. Ztschr. f. Bergr. I. S. 87 ff.

verschiedenen juristischen Person, in welchem letztern Falle mit dem Eigenthum der juristischen Person sehr wohl Rechte der Mitglieder vereinbar sind, welche sich dann aber nicht als Eigenthum, sondern als jura in re aliena charakterisiren. Und in der That ist in vielen Fällen, welche diese neuere Theorie als Anwendungsfälle des Gesammteigenthums bezeichnet, das Eigenthum einer juristischen Person anzunehmen[27]).

Daher haben sich in neuerer Zeit Viele gegen jedes Gesammteigenthum erklärt[28]), und glauben entweder mit dem Eigenthum der juristischen Person oder mit dem einfachen Miteigenthum auszukommen.

d) Indessen ist — und dies ist der berechtigte Inhalt der Lehre von einem sog. Gesammteigenthum — in einzelnen Fällen, wie wir oben nachgewiesen haben, ein Miteigenthum nach ideellen Quoten zu verwerfen. Ein Miteigenthum ohne ideelle Quotentheilung ist kein Widerspruch gegen die juristische Logik, sondern für die gedachten Fälle die einzig mögliche juristische Construktion. Die Sache steht im Eigenthum mehrerer Personen, jede von ihnen ist nur antheilsweise berechtigt, aber es gehört Keinem ein fest bestimmter Antheil, sondern es ergiebt sich die Höhe desselben, die Größe seines Eigenthums erst bei Auflösung der Gemeinschaft. Während des Be-

[27]) Der Nachweis ist im 1. Bande, in der Lehre von der juristischen Person geführt. — Am wenigsten beweist gegen die juristische Persönlichkeit der Umstand, daß das Eigenthum der juristischen Person sich in manchen Fällen in Sondereigenthum verwandelt hat. — Gierke's (II. S. 330) Frage: „Wie könnte man die Attraktionskraft des Sondereigens, welches immer mehr vom Gesammteigen an sich zog, erklären, wenn das letztere das ausschließliche Recht einer dritten Person war? Wie und wann soll der Sprung vom jus in re aliena zum Eigenthum vollzogen sein?" läßt sich meines Erachtens sehr einfach beantworten.

[28]) Duncker a. a. O., Mittermaier § 155, Maurenbrecher § 211, 212, v. Gerber § 77, Gengler Lehrb. S. 202 ff., Falck V. S. 148, v. Wächter II. S. 580 f., Reyscher II. § 281 N. 2 (u. in s. Ztschr. VIII. S. 386, XVI. S. 152), Thöl Volksrecht S. 59 ff., C. A. Hermann doctrinam de condominio germanico e jurisprudentiae ambitu esse removendam. Halis 1848. Zimmerle Stammgutssystem S. 91 ff., Windscheid § 169ª N. 8, Förster III. § 167 N. 22 ff., Roth baier. Civilr. § 120. — Unentschieden äußert sich Weiske prakt. Untersuchungen III. S. 165 f. und Bluhme Encykl. II. § 192 vgl. mit § 29.

stehens derselben liegt keine praktische Veranlassung vor, dem Einzelnen einen intellektuellen Antheil zuzusprechen und es verwickelt sich jede Theorie in unlösbare Widersprüche, welche über das Bedürfniß hinausgeht und sich nicht bei der einfachen, den Lebensverhältnissen entsprechenden Erklärung genügen läßt, daß die Sache den Mehreren zusammen gehört[29]).

---

[29]) Wenn ein derartig modifizirtes Miteigenthum dem Römischen Recht unbekannt ist, so kann es doch sicherlich neben dem römischen Miteigenthum bestehen und es läßt sich sehr wohl mit v. Gerber's (§ 77 N. 22) Forderung vereinigen, die Wissenschaft solle die positiven Elemente des deutschen Rechts in der Weise entwickeln, „daß sie in unserem durch die Aufnahme des röm. Rechts ganz veränderten Rechtsorganismus noch bestehen können". Denn es ist eine petitio principii von Förster (III. § 182 zu N. 37) „daß der Antheil des Einzelnen immer ein bestimmter sein muß".

Uebrigens hat dies selbst Puchta (in Weiske's Rechtslexikon III. S. 79) anerkannt, wenn er in Betreff der Almenden sagt, daß „sie als ein Gesammteigenthum anerkannt werden müssen, woran die Einzelnen zwar nicht ideelle Theile, wie beim Miteigenthum, aber doch Eigenthumsrechte haben".

Zu Gunsten der im Text vertheidigten Ansicht vgl. Homeyer Sachsensp. II. 2. S. 461 ff. („eine Rechtsgemeinschaft ohne irgend welche Theilung an dem gemeinsamen Gute" S. 464), Schloifer im Arch. f. d. Praxis des gesammten im Großherzogth. Oldenburg geltenden Rechts III. 1847. S. 154—164, Bolze Begriff der juristischen Person S. 68 ff.; vgl. auch Thöl Handelsrecht I. § 96 (S. 329).

Von Gesetzen ist noch zu verweisen auf: C. Max. Bav. II. 2. § 16: „Wenn eine Sach mehr Herren zugleich hat, so werden sie zwar sammentlich für einen Mann gerechnet" u. s. w. — Oestr. G. B. § 461: „In Beziehung auf das Ganze werden die Miteigenthümer für eine einzige Person angesehen" u. s. w.; vgl. auch § 828.

Dem röm. Recht folgt Sächs. G. B. § 225: „das Eigenthum an einer Sache kann zu gleicher Zeit Mehreren nicht ungetheilt, wohl aber nach ideellen Theilen zustehen", vgl. auch § 192. — Die Definition des Preuß. Landr. I. 17. § 1 („gemeinschaftliches Eigenthum ist alsdann vorhanden, wenn dasselbe Eigenthumsrecht über eine Sache oder ein Recht mehreren Personen ungetheilt zukommt") nimmt das Wort „ungetheilt" im Gegensatz gegen getheiltes, gegen Ober- und Untereigenthum und darf nicht benutzt werden, um für das Preuß. Recht ein Gesammteigenthum zu gewinnen; vgl. Göppert Beiträge z. Lehre vom Miteigenthum nach dem Preuß. Allg. Landr. 1864. S. 1 ff., 15 ff. und Förster III. § 182.

Zweiter Abschnitt. Beschränkung des Grundeigenthümers in der Benutzung und in der Disposition über sein Eigenthum[1]).

§. 83. Im allgemeinen.

Wenn der Eigenthümer, soweit er nicht durch dingliche oder persönliche Rechte dritter Personen eingeschränkt ist, die freie Verfügung über seine Sache hat, sie nach Belieben benutzen, gebrauchen und mißbrauchen, sie zertheilen, veräußern, dritte Personen von Einwirkungen auf sie ausschließen darf u. s. w., so war doch auch bereits nach römischem Recht diese Dispositionsfreiheit für den Grundbesitzer mannigfach eingeschränkt. Er soll nicht ohne Maß und Schonung der Interessen Dritter die Herrschaft über sein Grundstück ausüben und muß in beschränktem Umfange dritten Personen Eingriffe in sein Eigenthum gestatten. Denn das Grundstück ist keine isolirte Welt für sich; es bildet einen Theil der Bodenfläche einer Gemeinde oder eines Staats und grenzt an andere Grundstücke[1a]).

In viel reicherem Maße gelten solche Beschränkungen des Eigenthums im deutschen ältern und neuern Recht; sie bestehen für Gebäude, Aecker, Wälder, Gewässer u. s. w., berücksichtigen die Interessen der Gesammtheit, der Gemeinde, der Nachbarn, der Familie und verdanken ihr Entstehen zum Theil auch dem fiskalischen Interesse (Regalien).

Die Bestimmungen selbst sind an verschiedenen Orten und zu verschiedenen Zeiten sehr mannigfaltig ausgebildet und hängen von wirthschaftlichen Zuständen und lokalen und provinziellen Verhältnissen ab. Da das gemeine Recht nur wenig Vorschriften enthält, fehlt

---

[1]) Was in diesem Abschnitt von den Beschränkungen des Eigenthümers gesagt wird, gilt großentheils auch für andere Personen, welche ein Herrschaftsrecht, ein sonstiges dingliches Recht besitzen. Indessen wenngleich es sich um allgemeine sachenrechtliche Fragen handelt, ist es doch angemessen, sie nicht im allgemeinen Theil des Sachenrechts, sondern in Verbindung mit dem wichtigsten Anwendungsfall, dem Eigenthum darzustellen und bei den andern Rechtsverhältnissen kurz auf die hier mitgetheilten Grundsätze zu verweisen. Vom Standpunkt der strengsten Systematik aus läßt sich gegen diese Behandlung ein Vorwurf erheben; doch wird sie durch den innern und historischen Zusammenhang gerechtfertigt.

[1a]) Vgl. auch oben § 71 bei N. 5.

es an allgemein gültigen Normen und durchschlagenden Prinzipien, in welchen Grenzen sich der Grundeigenthümer bei der Benutzung zu halten und andererseits, welche Einwirkungen er von außen her zu dulden hat. Indem wir die prinzipielle Behandlung dieser Fragen der Wissenschaft der Pandekten überlassen[2]), beschränken wir uns auf den Nachweis derartiger partikularrechtlicher Bestimmungen und der Grundsätze der Praxis. Der Darstellung des Einzelnen sind zwei allgemeine Betrachtungen voran zu schicken.

I. Regalien[3]).

Regalien sind die der Staatsgewalt zustehenden Rechte. Man nannte so nicht bloß die Rechte, welche die Staatsgewalt bilden, sondern auch die fiskalischen Nutzungsrechte, welche der Kaiser und die Landesherrn seit dem Mittelalter an den Grundstücken innerhalb ihres Territoriums und an den res communes omnium, besonders den Gewässern in Folge von Herkommen besaßen[4]). Im Gegensatz gegen diejenigen Rechte, welche die Staatsgewalt als solche ihrem Begriffe nach in Anspruch nimmt (regalia essentialia, eigentliche oder wesentliche Hoheitsrechte), bezeichnet die Theorie derartige Nutzungsrechte als regalia accidentalia sive minora, zufällige Hoheitsrechte, Regalien im engern Sinne[4a]).

Im Privatrecht ist von den Regalien nach zwei Richtungen hin zu handeln:

---

[2]) Vgl. besonders Hesse die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn. 2 Bde. 1859—62 2. Aufl. 1880, Bekker in s. Jahrb. V. S. 147—206, Werenberg in v. Ihering's Jahrbb. VI. S. 1—80, v. Ihering daselbst S. 81—130, Hesse daselbst S. 378—441, Hoffmann über die Grundzüge des Nachbarrechts beim Grundeigenthum, im Arch. f. prakt. Rechtswiss. N. F. I. S. 241—320. Einzelnes über die Dogmengeschichte bei Werenberg S. 43 ff.

[3]) Maurenbrecher I. § 269 ff., Beseler § 94, Roth B. III. § 239, 240. — H. A. Zachariä über Regalien überhaupt und das Salzregal in Deutschland insbesondere (Zeitschrift f. d. R. XIII. S. 319 ff.). — Böhlau de regalium notione et de salinarum jure regali. Vimariae 1855. 4⁰. — Strauch über Ursprung und Natur der Regalien. 1865.

[4]) Auf ihre Ausbildung in Deutschland hat die für die Lombardei im J. 1158 ergangene Constitutio de regalibus (Mon. LL. II. p. 111 seq.) in Folge ihrer Aufnahme in das Corpus juris (II. F. 56) bestimmenden Einfluß geübt.

[4a]) Zur Geschichte der Sonderung dieser beiden Arten von Regalien vgl. Gierke Genossenschaftsrecht III. S. 623.

1) inwieweit durch die regalia accidentalia der Einzelne in der Benutzung seines Grundeigenthums oder der öffentlichen Sachen, z. B. der öffentlichen Gewässer durch Fischerei zum Vortheil des Landesherrn, resp. Staats und derjenigen Personen eingeschränkt ist, welchen der Landesherr oder der Staat derartige Nutzungsrechte verliehen hat; und

2) inwieweit durch die wesentlichen Hoheitsrechte der Einzelne in Benutzung der öffentlichen Sachen oder seines Eigenthums im allgemeinen Interesse eingeschränkt ist.

Diese zweite Kategorie von Beschränkungen ist, soweit sie sich auf öffentliche Sachen beziehen, zum Theil bereits oben I. § 64 behandelt; die das Grundeigenthum betreffenden sind hier in der Lehre von den gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen darzustellen.

Was aber die nutzbaren Regalien (Berg-, Salinen-, Jagd-, Fischerei-Regal) betrifft, so ist der Grundbesitz in neuerer Zeit von den fiskalischen Nutzungsrechten befreit worden und wird daher von ihrer ehemaligen Bedeutung an verschiedenen Stellen des Systems zu handeln sein[5]), von dem Berg- und Salinen-Regal in einem besonderen Abschnitt (§ 141—143) von dem Jagd- und Fischerei-Regal in Verbindung mit den Grundsätzen über den Eigenthumserwerb an jagdbaren Thieren und Fischen (§ 150, 151). Ebenso wird das höchst partikuläre Bernsteinregal zu der Lehre vom Eigenthumserwerb gestellt (§ 149. V).

Daher liegt auch kein Bedürfniß vor, eine allgemeine Theorie

---

[5]) Walter § 156 N. 1 erklärt sich gegen diese Zerreißung und fordert die zusammenhängende Behandlung der Regalien; denn „das Gemeinschaftliche derselben ist, daß dabei mehr oder weniger ein öffentliches Interesse konkurrirt“. Daher stellt er auch die Lehre von der Expropriation zu seiner allgemeinen Kategorie: „von der Einwirkung der Hoheitsrechte und Regalien auf das Sachenrecht“. Er läßt dabei außer Augen, daß das privatrechtliche System seine Motive nicht dem öffentlichen Recht zu entlehnen hat. — Roth II. Vorr. S. VI und III. § 239 ff. hat die Regalien: Bergrecht, Jagdrecht, Wasserrecht in einem besondern, vom Sachenrecht geschiedenen Buch zusammengefaßt; ihre Zusammenfassung sei nicht bloß aus historischen, sondern auch aus praktischen Gründen gerechtfertigt; dies billigt Mandry in s. Anzeige von Roth in der krit. Viertelj. Schr. XVI. S. 109 f. — Schmid im Arch. f. civ. Pr. XLIV. S. 203 ff., 208 behauptet, daß das Berg-, Salz-, Forst- und Jagdregal die Natur von Gewerberechten habe und systematisch zu den dinglichen Gewerberechten gehöre.

der Regalien aufzustellen, und wo eine solche in den Lehrbüchern gegeben wird, entbehrt sie der praktisch verwerthbaren Grundsätze[6]).

II. Legalservituten.

Die gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen hat man häufig Legalservituten, auf Gesetz beruhende Dienstbarkeiten genannt. Indessen charakterisiren sich viele derselben gar nicht als Dienstbarkeiten, indem sie nicht im Interesse der Nachbarn, sondern in öffentlichem Interesse eingeführt sind[7]). Ueberdies aber empfiehlt es sich auch, selbst wo die Beschränkung zum Vortheil der Nachbarn besteht, den Gegensatz zwischen Servituten und gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen aufrecht zu erhalten. Beschränkungen, welche auf keinem speziellen Titel beruhen, nicht von dem Nachbargrundstück besonders erworben sind, sondern in dem Gesetz ihren Grund haben und das Benutzungs- und Gebrauchsrecht des Eigenthümers begrenzen, also

---

[6]) Gesetzliche Regeln enthält das Preuß. Landr. II. 14. § 24 ff.

v. Gerber, welcher von je her die einzelnen Regalien an gesonderten Stellen des Systems behandelt hat, erklärt sie (§ 67) für durch Privileg übertragbare Rechte. Darum sei die allgemeine Lehre über die Regalien in den allgemeinen Theil („Entstehung und Endigung der Rechte") zu stellen. Indessen ist bei den sog. nutzbaren Regalien nicht das das Charakteristische, daß der Privatus nur auf Grund ermächtigender Privilegien das Recht ausüben darf, sondern vielmehr daß dem Eigenthümer die Nutzung der eigenen Sache und zwar zum Vortheil des Landesherrn oder Fiskus oder besonders privilegirter Personen entzogen ist; vgl. auch Unger II. S. 264 N. 8. Für den Bestand des Regals ist es gleichgültig, ob es der Landesherr selbst oder in Folge von Privilegiirung ein Dritter ausübt. Wenn z. B. der Landesherr, welcher das Jagdregal hat, die Jagd ausschließlich ausübt und keinem Dritten zu jagen erlaubt, so besteht das Jagdregal und zwar als ein Privatrecht, wenngleich seine Befugniß auf einem staatsrechtlichen Fundament ruht. Ueberdies aber kann ein Privatus die Ausübung des Regals nicht bloß durch Privileg, sondern auch durch unvordenkliche Zeit (c. 26 X. de V. S., Hommel rhaps. no. 654, Unterholzner Verjährung II. § 299), ja partikularrechtlich auch durch wirkliche Ersitzung erwerben, Oestr. G. B. § 1457 (Unger II. S. 265 N. 43—45), Preuß. Landr. II. 14. § 35 vgl. mit I. 9. § 629.

[7]) Vgl. Windscheid § 169 N. 2. — Bekker a. a. O. S. 152 ff., 190 ff., 202 ff. erklärt für Legalservituten nur diejenigen Beschränkungen, welche einem Grundstück lediglich in Rücksicht auf die besondere Qualität des Nachbargrundstücks auferlegt sind; ihm folgt Roth II. § 121 N. 9 ff.

den Inhalt des Eigenthums allgemein feststellen[7a]), dürfen nicht als Dienstbarkeiten aufgefaßt werden[8]).

§ 84. Beschränkungen der Grundbesitzer in öffentlichem Interesse.

I. Für die Bewirthschaftung der Landgüter galten zahlreiche gesetzliche Bestimmungen; dieselben wollen nicht bloß bei Bauergütern das Interesse des Gutsherrn sicherstellen oder für das Recht der Servitutberechtigten oder Zehntherrn Sorge tragen, sondern sind auch im allgemeinen landespolizeilichen Interesse für alle Arten von Landgütern eingeführt. Das Preuß. Landrecht sagt: „jeder Landmann ist schuldig, die Kultur seines Grundstücks auch zur Unterstützung der gemeinen Nothdurft wirthschaftlich zu betreiben"; er kann dazu durch Zwangsmittel genöthigt und bei beharrlicher Vernachlässigung angehalten werden, sein Grundstück an einen Andern zu überlassen[1]). Solche Bestimmungen sind in der neueren Zeit großentheils beseitigt[2]).

Dagegen enthalten für städtische Gebäude die hier nicht weiter

---

[7a]) v. Ihering Geist des Röm. Rechts II. 1. S. 149 N. 165: „Sie enthalten in Wirklichkeit nicht sowohl Beschränkungen, als vielmehr die Grenzen des Grundeigenthumsbegriffs". — Vgl. auch Hartmann Rechte an eigener Sache S. 76 f. (auch in v. Ihering's Jahrbb. XVII. S. 131) und Entsch. des ROH.-Ger. XVIII. S. 250 f.

[8]) Daher darf man nicht die vertragsmäßigen und die sog. Legalservituten neben einander behandeln, wie dies z. B. Gengler Lehrb. S. 256, Zachariä II. § 235 ff. thut.

[1]) Preuß. Landr. II. 7. § 8 u. 9; vgl. auch I. 8. § 60—64.

Verwandt sind zahlreiche ältere Bestimmungen, daß die Grundbesitzer gewisse Arten von Thieren gar nicht, oder nur in bestimmter Zahl halten sollen. Vgl. z. B. in Betreff des Rechts Tauben zu halten Grimm Rechtsalterthümer S. 596, Stellen aus Weisthümern bei Gierke Genossenschaftsrecht II. S. 212 N. 72; Strube Bed. III. no. 9, Hommel rhaps. 282, Emminghaus S. 431 N. 29—31, Maurenbrecher § 222a, Haubold § 361, Sachse § 484, Grefe II. S. 343 f. — Preuß. Landr. I. 9. § 111—113. — Weimar'sches Gesetz v. 12. Jan. 1881 § 1 (ausgeschlossen sind solche Einwohner des Orts, „welche in der Flur desselben dem Feld- oder Gartenbau dienende Ländereien nicht besitzen"). — Ueber Ziegen vgl. Strube Bed. I. no. 101, über anderes Vieh Maurenbrecher a. a. O., Haubold § 361, Heimbach § 315 u. s. w.

[2]) In Preußen z. B. durch Edikt v. 14. Sept. 1811. Ueber Oesterreich vgl. Strohal Eigenthum an Immobilien. 1876 S. 163 N. 3, Prazák Recht der Enteignung. 1877 S. 96 f.

zu erörternden Baupolizeigesetze zahlreiche Bestimmungen über Bau, Einrichtung und Instandhaltung derselben[3]).

Besondere Beschränkungen galten längst partikularrechtlich[3a]) für die Umgebung der Festungen. An ihre Stelle sind jetzt gemeinrechtliche Vorschriften getreten. Gemäß dem Deutschen Reichsgesetz vom 21. Dezember 1871[4]) unterliegt „die Benutzung des Grundeigenthums in der nächsten Umgebung der bereits vorhandenen, sowie der in Zukunft anzulegenden permanenten Befestigungen nach Maßgabe dieses Gesetzes dauernden Beschränkungen (§ 1). Demzufolge sind innerhalb eines bestimmten Umkreises um die Festung (im Rayonbezirk) ohne Genehmigung der Kommandantur unzulässig dauernde Veränderungen der Höhe der Terrainoberfläche, alle Neuanlagen oder Veränderungen von Dämmen, Deichen, Gräben u. s. w., von Chausseen, Wegen und Eisenbahnen, die Anlage von größeren Parkanlagen, Baumschulen und Waldungen, Errichtung und Veränderung von Kirch- und Glockenthürmen, sowie alle thurmartigen Constructionen (§ 13). Im näheren Umkreise um die Festung sind Massivkonstruktionen von Gebäuden, Gewölbebauten, Ziegel- und Kalköfen u. s. w. unzulässig, andere Arten von Gebäuden nur mit Genehmigung der Kommandantur gestattet (§ 15). Die gegen das Verbot unternommenen Anlagen sind wieder zu beseitigen (§ 32). Insofern zufolge der Bestimmungen des Reichsgesetzes, d. h. also insofern nicht bereits das vorher geltende Landesrecht gleiche Beschränkungen enthielt, eine Werthverminderung der betreffenden Grundstücke eintritt, hat das Reich den Eigenthümern eine Entschädigung, sei es in Rente, sei es in Kapital zu leisten (§ 34 ff.). Wird die Armirung einer Befestigung angeordnet, „so sind die Besitzer der innerhalb des Rayons belegenen Grundstücke verpflichtet, der schriftlichen oder öffentlich bekannt gemachten Aufforderung der Kommandantur zur Niederlegung von baulichen und sonstigen Anlagen, Wegschaffung von Materialien-Vorräthen, Beseiti-

---

[3]) Brünner Schöffenb. c. 208 ff., Wormser Ref. V. Theil 4, Preuß. Landr. I. 8. § 65 ff., Roth § 121 N. 6—8, § 126, Gerber § 87 N. 1, Mittermaier § 166 N. 37, Gengler (3. Aufl.) § 48, Rösler Verwaltungsrecht I. § 186—189.

[3a]) Schon im Mittelalter wird bei Genehmigung einer Mühlenanlage der Vorbehalt gemacht, ut molendina ad municionem cedant civitatis ad nostram voluntatem, Gengler Stadtrechtsalterthümer S. 240.

[4]) Seine Bestimmungen stellt dar Laband Staatsrecht des deutschen Reichs III. S. 372—396. Vgl. auch Seuffert XXXV. no. 217.

gung von Pflanzen und Einstellung des Gewerbebetriebes nachzukommen" (§ 43); das Reich ist den betreffenden Besitzern zur Entschädigung verpflichtet (§ 44).

Für die Städte gilt ferner der Grundsatz, daß der Eigenthümer seine Gebäude soweit im Stande erhalten soll, daß sie den Nachbargrundstücken und dem Publikum keine Gefahr drohen; bei Vernachlässigung dieser Pflicht kann die Obrigkeit ein solches Gebäude zu öffentlichem Kauf ausbieten[5]).

II. In vielen Ländern war die Dismembration meistens nur der ländlichen, oft auch der städtischen Grundstücke untersagt. Abgesehen von den die Bauergüter betreffenden Verboten, welche im Hofrecht ihre Wurzel hatten, ergingen auch zahlreiche staatliche Verordnungen im allgemeinen Landesinteresse, oder mit Rücksicht auf die Steuerkraft und die Ordnung der Steuerkataster, oder im Interesse der hypothekarischen oder sonstigen Realgläubiger. Die Güter sollen geschlossen bleiben, nicht dismembrirt oder parzellirt werden, um die Familie des Besitzers ernähren und die Grundsteuern tragen zu können. Nur mit obrigkeitlicher Erlaubniß causa cognita darf eine Theilung oder Abtrennung einzelner Parcellen erfolgen; oder wenn getheilt wird, soll doch ein gewisses Minimum als Einheit erhalten werden.

Wenn sich im Mittelalter zahlreiche solche Bestimmungen, hauptsächlich in hofrechtlichem Interesse finden[6]), so trat die Landesgesetzgebung der Theilung vornehmlich erst seit dem 16. Jahrh. entgegen, seitdem die durch die Sitte eingeführten und durch das Beispruchsrecht der nächsten Erben aufrecht erhaltenen gewohnheitsrechtlichen Beschränkungen wankend geworden waren[7]).

---

[5]) Preuß. Landr. I. 8. § 37 ff. — Wormser Ref. V. Thl. 4, Tit. 4: verfallene Häuser sollen in einem Jahr wieder aufgebaut werden, widrigenfalls der Bauplatz an den Fiskus falle; vgl. auch Tit. 19.

Ueber die heutige Anwendbarkeit der cautio damni infecti vgl. Roth II. S. 80—83.

[6]) Angeführt z. B. bei Gierke II. S. 203 N. 25, 26. — Zu beachten ist auch, daß nach Sachsensp. I. 34. § 1 der Gutsbesitzer, welcher Grund und Boden veräußert, doch behalten soll ene halve hüve unde ene word, dar man enen wagen uppe wenden moge, dar af sal he deme richtere sines rechten plegen.

[7]) Ueber Preußen Dernburg I. § 244, Oestreich Unger Erbrecht § 44[a],

Andererseits sollten aber auch bisher für sich bewirthschaftete Güter nicht mit andern zusammengeschlagen werden.

Damit der Bauernstand nicht vermindert werde, sollte nur mit obrigkeitlicher Genehmigung eine Zusammenschlagung erfolgen[8]). Ganz besonders war es verboten, Bauern „auszukaufen" und ihre Güter mit Rittergütern zu vereinigen[9]).

In unserm Jahrhundert sind derartige Beschränkungen nach dem Vorbilde der Preuß. Gesetzgebung in den meisten Staaten gefallen. Das Preuß. Edikt v. 9. Oktober 1807 § 4 bestimmte: „Die Besitzer an sich veräußerlicher städtischer und ländlicher Grundstücke und Güter

---

Baiern Roth II. § 124. — Hannoversche VO. v. 1823 für die niedere Grafschaft Lingen § 20, 25—28 (auch bei Runde Interimswirthschaft S. 277 ff.): Parcellirung nur mit obrigkeitlicher Erlaubniß; absolut ausgeschlossen sind Parcellirungen, wodurch das Colonat auf weniger als 40 Morgen reducirt wird. — Ueber Sachsen Haubold § 189, 190, 190[b], vgl. auch § 174, 175[a] N. f. u. § 175[c] N. f. und Kraut § 65 no. 4. — Partik. sächs. Bestimmungen bei Heimbach § 190, über Meiningen Kümpel § 169, Gotha Brückner § 446—452. — In Kurhessen wurde das Verbot des 16. Jahrh., daß die im gutsherrlichen Verbande stehenden Güter nicht getheilt werden sollen, durch Verordn. v. 1700 auch auf die nicht einem solchen Verbande angehörenden Güter ausgedehnt, Kompe in d. Ztschr. f. d. R. XIV. S. 166 N. 20, 21; vgl. auch Kraut § 65 no. 3, Thomas Fulda I. S. 249, 252 ff. und überhaupt Platner S. 29 ff. — In Braunschweig bleibt für die Bauergüter die Untheilbarkeit auch noch nach dem Gesetz v. 1834 bestehen, Steinacker § 239, 240. — In Oldenburg wird durch Gesetz v. 7. Jan. 1814 das alte, in der französischen Zeit beseitigte Recht wieder eingeführt. — Ueber Schleswig-Holst. Falck V. S. 181 f., Paulsen § 37, 195, v. Stemann Rechtsgesch. II. S. 252, 259 f., 371. — Noch das Lippe-Detmoldsche Gesetz vom 23. März 1864 § 3 fordert Genehmigung der Regierung zur Veräußerung einzelner Stücke der Colonate. — Einige Citate auch bei v. Gerber § 59 N. 4 und Kraut § 65.

Einzelne Gesetze verbieten auch die Dismembration städtischer Grundstücke ohne obrigkeitliche Genehmigung, Nürnb. Ref. XXIII. Ges. 5 und v. Wächter Würt. II. S. 247 f.

[8]) Preuß. Landr. II. 7. § 14: „Die Anzahl der bäuerlichen Besitzungen auf dem Lande soll weder durch Einziehung der Stellen ..... noch durch das Zusammenschlagen derselben vermindert werden", § 15, 16. — Ueber Braunschweig Steinacker S. 470 f. — Pfeiffer Meierrecht S. 83 f., 409, 413 ff. — Wenn mehrere geschlossene Bauerstellen an denselben Besitzer kommen, sollen sie doch einzeln bewirthschaftet werden, Frieblieb Reallasten S. 57 N.

[9]) Pufendorf obs. III. no. 38 vgl. mit Hommel rhaps. 164; sächs. Recht Haubold § 190[b] N. v.

aller Art sind unter Vorbehalt der Rechte der Realgläubiger und Vorkaufsberechtigten zur Trennung der Radikalien und Pertinenzien, sowie überhaupt zur theilweisen Veräußerung, also auch die Miteigenthümer zur Theilung unter sich berechtigt"[10]).

Ebenso gestattet ihnen die neuere Gesetzgebung auch ohne obrigkeitliche Genehmigung ihr Gut durch Ankauf oder sonst willkürlich zu vergrößern oder mit andern Gütern zu vereinigen[11]). Ja sie hat die Grundbesitzer unter Umständen verpflichtet behufs der Zusammenlegung ländlicher Grundstücke (Verkoppelung) sich dem Arrondirungsverfahren zu unterwerfen[12]).

---

[10]) Später wurden dann, ohne das Prinzip selbst anzugreifen, welches auch durch Verf. Urk. art. 42 anerkannt ist, genauere Normen für die Art der Parcellirung aufgestellt. — Diese Grundsätze sind auch auf die annektirten Provinzen ausgedehnt worden: VO. v. 13. Mai 1867 für Kurhessen, v. 2. Sept. 1867 in andern Gebietstheilen; mit geringen Modifikationen wurden sie durch Gesetz vom 13. Mai 1869 in Waldeck und Pyrmont eingeführt; Ges. v. 21. Febr. 1870 für den Kreis Rinteln, VO. v. 28. April 1875 für Lauenburg. Das Gesetz vom 28. Mai 1873 hebt die Grundsätze auf, „nach welchen eine Theilung eines Bauerhofes, die Veräußerung einzelner Theile desselben, die Vereinigung eines Bauerhofes mit andern Grundstücken .... verboten oder an die Genehmigung einer Regiminal- oder Regierungsbehörde gebunden sind".

Baierische Gesetzgebung seit 1825 Roth § 124; über Sachsen Haubold § 190ª und Verordnungen vom 12. und 13. Novemb. 1874 (Siegmann Sächs. Hypothekenrecht S. 76 N. 1). Während das dritte Würtemb. Landrecht nur die im Eigenthum des Bauern stehenden Bauergüter für theilbar erklärt, sollen nach dem Gesetz von 1812 auch diejenigen Güter, an welchen der Bauer nur ein dominium utile hat, theilbar sein, v. Wächter I. S. 849. — Für Hessen-Darmstadt Gesetze vom 9. Febr. 1811, vom 24. Dez. 1857, 30. Jan. 1866; für Baden Gesetz v. 6 Apr. 1854 (keine Theilung über ein gewisses Maß). In Gotha werden alle, zum Theil noch im Gesetz vom 26. Febr. 1847 § 6 beibehaltenen Beschränkungen durch Gesetz vom 14. März 1873 aufgehoben. Gesetz für Anhalt vom 4. Novemb. 1875. — Vgl. auch Nachweisungen bei Rösler Verwaltungsrecht I. 1872 § 175 N. 4.

[11]) Während noch das Preuß. Edikt v. 9. Oktob. 1807 § 6 die Regierungszustimmung zum Zusammenschlagen forderte, ist dies im Edikt vom 14. Sept. 1866 fallen gelassen. Vgl. für Kurhessen Ges. v. 28. Aug. 1834, Altenburg v. 24. Apr. 1857, Coburg 23. Juni 1863 u. einzelne Gesetze in N. 10. — Ueber Sachsen Siegmann Sächs. Hyp. Recht S. 80 f., über Lüneburg Schulze im neuen Mag. f. Hannov. R. VII. 1866 S. 214 ff. — Das Gesetz für Schaumburg-Lippe v. 11. Apr. 1870 § 19 fordert für die Zusammenschlagung der Bauergüter obrigkeitliche Genehmigung.

[12]) z. B. für Preußen Ges. v. 7. Juni 1821, 2. Apr. 1872, Dernburg

III. Zahlreichen und tief eingreifenden Schranken in der Benutzung ihres Eigenthums unterlagen die Eigenthümer von **Waldungen**[13]).

In alter Zeit standen die meisten Wälder im Eigenthum der Gemeinden und der Könige[14]). Durch Veräußerungen von Seiten der Könige und durch Ausbildung der Landeshoheit kamen viele Waldungen in das Eigenthum oder den Lehnsbesitz der Landesherrn. Andererseits erlangten dieselben auch an den im Eigenthum der Gemeinden oder Markgenossenschaften stehenden Wäldern bedeutende Rechte, theils indem sie durch das sog. Einforsten[14a]) den Markgenossen die Ausübung der Jagd entzogen, theils indem sie die Oberhoheit über allen Wald in ihrem Territorium in Anspruch nahmen. Während ursprünglich die Gemeinde oder die Markgenossenschaft die Nutzungsrechte der einzelnen Märker bestimmt, die Forstgerichtsbarkeit gehandhabt und die Bewirthschaftung durch ihre Beamten besorgt hatte, erlangte seit dem 16. Jahrhundert[15]) der Landesherr oder Vogteiherr die Gewalt nach allen diesen Richtungen hin und unterwarf auch die im Privateigenthum der großen Grundbesitzer stehenden Waldungen seiner Aufsicht und Controle.

Es entstand so die sog. **forstliche Obrigkeit** oder ein sog.

I. § 212, für Hannover **Grefe** II. S. 355 ff., für Baiern **Roth** § 122, Sachsen **Haubold** § 191a, Baden Gesetz v. 5. Mai 1856, Gotha vom 26. Febr. 1847, 5. Nov. 1853, 25. Juni 1859, S. Meiningen v. 29. Mai 1855 u. 10. März 1872, Weimar v. 5. Mai 1869, Schwarzb.-Sondershausen v. 28. Juli 1849. — **Rösler** I. § 192—194.

[13]) **Stieglitz** geschichtliche Darstellung der Eigenthumsverhältnisse an Wald und Jagd in Deutschland von den ältesten Zeiten bis zur Ausbildung der Landeshoheit. Leipz. 1832; **Berg** Geschichte der deutschen Wälder bis zum Schluß des Mittelalters. 1871; **Bernhardt** Geschichte des Waldeigenthums 3 Bände. Berl. 1872—75; **Ebing** die Rechtsverhältnisse des Waldes. Berl. 1874; O. **Bähr** der hessische Wald. Kassel 1879; **Freudenstein** Geschichte des Waldeigenthums in der vormaligen Grafschaft Schaumburg. Hannov. 1879; K. **Roth** Geschichte des Forst- und Jagdwesens in Deutschland 1879; v. **Miaskowsky** die Agrar-Alpen- und Forstverfassung der deutschen Schweiz. Basel 1879. S. 79 ff.

[14]) **Grimm** Rechtsalterthümer S. 501.

[14a]) Vgl. darüber unten § 151.

[15]) Nicht erst seit dem 17. Jahrhundert, wie Manche, z. B. **Renaud** Zeitschr. f. deutsches R. IX. S. 56 ff. annehmen; vgl. **Stieglitz** S. 208 ff., 213, **Gierke** Genossenschaftsrecht I. S. 660 N. 12, **Freudenstein** S. 13 f., 17.

Forstregal, nicht in dem Sinne, daß der Landesherr Eigenthümer aller Waldungen seines Territoriums wäre oder an ihnen gleichmäßig gewisse Nutzungsrechte hätte, sondern daß er in Folge seiner Landeshoheit allgemeingültige Vorschriften über die Bewirthschaftung und Benutzung der Wälder aufstellen, Forstordnungen erlassen[16]) und seinen Beamten die Aufsicht und die Ausführung der Gesetze übertragen konnte[17]). Die Landesherrn wurden dabei wesentlich von einem doppelten Interesse geleitet: sie wollten der Holzverwüstung begegnen, aber auch durch Schonung der Wälder dafür sorgen, daß sie das von ihnen überall angestrebte Jagdregal ergiebig ausnutzen könnten[18]).

In Folge davon, daß die Eigenthümer (Gemeinden oder einzelne Personen) für ihre Nutzungs-, Gebrauchs- und Dispositionsrechte so mannigfaltige Schranken anerkennen mußten, wurden die Eigenthumsverhältnisse an vielen Orten verdunkelt: es kam oft dahin, daß jetzt der Landesherr als Eigenthümer des Forsts erschien, daß die geringeren Rechte, welche den ursprünglichen Eigenthümern noch verblieben waren, lediglich als Rechte an einer fremden Sache, als Dienstbarkeiten[18a]) angesehen wurden[19]), und daß die ehemaligen Eigenthümer für die Ausübung der Nutzungen, welche ihnen noch zugestanden wurden, an den Landesherrn eine Abgabe zu zahlen

---

[16]) Forstordnungen und Werke, in welchen sie gesammelt sind, führt auf Mittermaier § 206 N. 9 und Kraut § 86; vgl. auch Gierke III. S. 782 f.

[17]) v. Maurer Geschichte der Markenverfassung in Deutschland 1856 S. 245 ff.. S. 286 ff., 408.

[18]) Niedersf. Weisth. bei Grimm IV. S. 674 § 16 und N. 3: „So einer oder mehr hegersche männer einen busch, darin ein reh oder stück wildes sich verbergen kann, ohne urlaub oder verwilligung der junkern ausrothe, dasz möge er sonder bescheid oder brüche nicht thun".

[18a]) Auch werden sie als precario eingeräumt dargestellt, Freudenstein S. 39.

[19]) Thudichum Gau- und Markenverfassung 1860 S. 294—306, Gierke II. S. 658 ff., 660 ff. — Beispiele derartiger Verwandlungen auch bei Duncker Gesammteigenthum S. 170 ff. — Uebrigens mögen solche Vorgänge manchmal noch ältern Datums sein, so wenn z. B. (Grimm Weisth. VI. S. 549) ein Dorf im J. 1392 anerkennt, daß ein Wald nicht ihm, sondern dem Abt von St. Maximin zu Trier gehöre und daß den Dorfgenossen ihre bisherigen Nutzungen von genaden eingeräumt seien.

hatten[19a]). Ganz besonders wurden von dieser Entwicklung die Waldungen der Bauern und Landgemeinden betroffen, während für den Adel einige Befreiungen nachgelassen wurden[20]).

Die Landesherrn schreiben vor[21]), daß die Bauern nur für ihre Bauten und ihre Feuerung und nur mit Wissen der landesherrlichen Forstbeamten Holz schlagen dürfen, daß wer um seiner Noth zu begegnen, zum Verkauf Holz schlagen will, sich von den Beamten die einzelnen Bäume anweisen lassen soll, daß Niemand Stücke des Waldes roden und in Acker oder Wiese verwandeln darf. Sie bestimmen die Schläge und engen dadurch die Hutungsrechte ein[21a]). Besonders wurde auch das Schlagen der Eichbäume beschränkt[22]). Auch beanspruchen die Landesherrn die Befugniß, Holz in den ehemaligen Gemeindewaldungen nicht bloß zu eignem Gebrauch, sondern auch zum Verkauf zu schlagen[22a]).

In neuester[22b]) Zeit hatten einzelne Staaten, besonders Preußen, die Waldkultur von allen staatlichen Beschränkungen befreit und die Forsthoheit, oder, wie man früher sagte, das Forstregal aufgehoben[23]).

19a) Freudenstein S. 15; seine Erklärung des Worts wahrgeld ist irrig; vgl. oben I. § 55 N. 10.

20) z. B. Verordn. für Churbrandenburg v. J. 1717 bei Kraut § 86 no. 89.

21) z. B. Sachsen-Ernest. Landes-O. v. 1556 c. 30 bei Emminghaus Pand. Sächs. Rechts S. 86 no. 22. — Ueber derartige Beschränkungen vgl. auch Strube Bed. IV. no. 48 und Eichhorn Rechtsgesch. IV. § 548 N. c. u. g. — Für Fulda vgl. Thomas I. S. 230, II. S. 161 f., für Hannover Grefe II. S. 288, für Holstein Falck V. S. 183 f., Würtemberg v. Wächter I. S. 477 ff., Braunschweig u. Baiern Kraut § 86 no. 87 und 88, für sächs. Partikularrechte Heimbach § 222 und Kümpel § 206. Viele Nachweisungen bei Stieglitz S. 219 ff.

21a) Freudenstein S. 37.

22) Baierisches Weisthum v. Raschenberg v. J. 1671 bei Grimm VI. S. 161 § 31: wer einen Eichbaum fällen will, soll es beim Forstbeamten anmelden und statt des zu fällenden Baums zwei junge Eichen setzen.

22a) Freudenstein S. 24 f.

22b) Eine vollständige Uebersicht liefert Neubauer Zusammenstellungen des in Deutschland geltenden Rechts betreffend Expropriation, Forstrecht u. s. w. Berl. 1880 S. 47—85; dazu Nachträge in Zusammenstellung des Wasserrechts. 1881 S. 97 f.

23) Während das Landrecht I. 8. § 83 ff. die Holzverwüstung bei nachdrücklichen Geld- und Gefängnißstrafen verbietet, ertheilte das Edikt zur Beförderung der Landeskultur vom 14. Sept. 1811 § 4 u. 5 (Kraut § 86 no. 92) den

Wegen der großen Gefahren, welche die Holzverwüstung der Landeskultur droht, sind aber auch in Preußen neuerdings wieder Beschränkungen eingeführt. Nach dem Gesetz v. 6. Juli 1875 (betreffend Schutzwaldungen und Waldgenossenschaften) kann in Fällen, in welchen Gefahren in Rücksicht auf den Wasserlauf, den Eisgang, Ueberschüttung mit Geröll oder Erde u. s. w. vorhanden sind, die Art der Benutzung der betreffenden Grundstücke und die Ausführung von Waldkulturen und sonstigen Schutzanlagen, unter Entschädigung der Eigenthümer durch die Interessenten angeordnet werden. Sodann hat das Gesetz v. 14. August 1876 die Verwaltung der Holzungen der Gemeinden, Kirchen, öffentlichen Schulen, Stiftungen und Wohlthätigkeitsanstalten wieder unter die Aufsicht des Staats gestellt; auch können die Gemeinden verpflichtet werden, unkultivirte Grundstücke mit Holz anzubauen.

Auch die meisten andern Staaten halten den beschränkenden Standpunkt aufrecht. Sie machen Rodungen von obrigkeitlicher Erlaubniß abhängig[24]), oder bestimmen, daß die Waldungen unter

---

Eigenthümern, soweit nicht Verträge oder Berechtigungen Dritter verletzt werden, die uneingeschränkteste Disposition; sie dürfen ihre Wälder parcelliren, urbar machen, landwirthschaftlich benutzte Grundstücke in Forst verwandeln u. s. w. — Aehnlich bestimmt das Schaumburg-Lippe'sche Gesetz v. 29. Apr. 1870 art. 1: „Den Eigenthümern . . . von Holzungen und Forsten soll . . . bezüglich der Cultivirung und Abholzung derselben sowie bezüglich der Verwerthung der Holzprodukte volle wirthschaftliche Freiheit . . . zustehen".

[24]) Würtemb. Bestimmung von 1821 (Reyscher I. § 247 N. 12), Braunschw. VO. v. 1836 (Steinacker S. 359 N. 8, 425 N. 21), Forstgesetz vom 24. Mai 1861 § 6; Altenb. Gesetz v. 1831 (Hesse S. 212): besonders beschränkt soll das Holzfällen von noch nicht 50jährigem Bestande sein.

Hannover'sche VO. v. 1830 § 6 (Kraut § 86 no. 93): keine Eiche soll vor erlangter Haubarkeit gefällt werden. — Mecklenb.-Schwerin'sche VO. v. 16. Febr. 1860: auf allen Allodialgütern dürfen jährlich 12 Eichen und 50 Buchen zum Verkauf gefällt werden „ohne die holzediktmäßige Anzeige Zwecks Untersuchung der Entbehrlichkeit und demnächstiger Anweisung des zu fällenden Holzes durch Unsere Forstbeamten".

Ueber die Theilung von Waldungen z. B. Meining. Gesetz v. 9. Juli 1867 art. 4 (sie soll nur mit ministerieller Genehmigung erfolgen); Koburger Ges. vom 3. Juli 1869 art. 2: Waldungen von mehr als 10 Acker Umfang sollen nur mit ministerieller Genehmigung getheilt werden; doch ist diese Genehmigung zu ertheilen, „wenn die zu bildenden Theile einer regelmäßigen Bewirthschaftung

Leitung und Controle des Staats verwaltet werden sollen[25]). Dabei machen einzelne einen Unterschied, je nachdem es sich um Waldungen der Gemeinden, Corporationen und Stiftungen oder um Wälder von Privatpersonen handelt, und lassen nur im ersten Falle die strenge staatliche Oberaufsicht eintreten[26]).

§ 85. Beschränkungen des Grundeigenthümers, welche ein Dulden zum Gegenstande haben.

Im nachbarlichen oder im allgemeinen Interesse hat der Grundbesitzer mannigfache Eingriffe in sein Eigenthum zu dulden; solche Beschränkungen können aber nur da geltend gemacht werden, wo sie durch das positive Recht anerkannt sind[1]). Die wichtigsten derselben sind folgende:

1. Der Nothweg.

Wer vom öffentlichen Wege auf sein Grundstück ohne erhebliche Schwierigkeiten nicht anders gelangen kann, als über das Grundstück seines Nachbarn, kann von diesem gegen vollständige Entschädigung die Constituirung einer Wegegerechtigkeit fordern. Er hat eine partielle Expropriationsbefugniß, resp. einen gesetzlichen Titel auf Bestellung einer Servitut[2]).

Dies aus der Billigkeit sich ergebende Recht wird gelegentlich

---

fähig bleiben oder das ganze Waldgrundstück einer solchen nicht fähig war." — Vgl. auch oben I. § 56 N. 2ª.

[25]) Braunschw. Ges. v. 24. Mai 1861 § 6: die reell unter einzelne Personen getheilten Forsten unterliegen der staatlichen Verwaltung.

[26]) z. B. Hannoversche VOO. v. 1815 und 1830 (Kraut § 86 no. 93, 94); baier. Forstgesetz vom 28. Mai 1852 (Roth II. S. 85 ff.) und Kraut § 86 no. 90, 91; vgl. auch Mittermaier § 210.

[1]) Das Preuß. Landr. I. 22. § 3 sagt allgemein: „Auch solche Einschränkungen muß jeder Grundbesitzer sich gefallen lassen, ohne welche ein anderes Grundstück ganz oder zum Theil völlig unbrauchbar sein würde" und § 9; „doch dürfen Begünstigungen, welche zu erheblichen Verbesserungen eines andern Grundstücks nothwendig sind, in so fern nicht versagt werden, als der Eigenthümer dadurch in dem bisherigen freien Gebrauche seiner Sache nicht gestört, noch an nützlichen Verbesserungen, die er selbst in dieser Sache vornehmen könnte, gehindert wird".

[2]) Ueber die rechtliche Natur des Nothwegs Laband in d. Arch. f. civ. Pr. LII. S. 189 f. N. 57.

schon in ältern deutschen Quellen anerkannt[3]) und dabei auch die Entschädigungsverbindlichkeit erwähnt[4]). Nach Reception des römischen Rechts suchte man den Anspruch durch Berufung auf einige römische Bestimmungen zu stützen, welche in einzelnen Fällen, besonders wenn es sich um den Zugang zu einem locus religiosus handelt, den Anspruch auf den Nothweg anerkennen[5]). Das Recht auf einen Nothweg wurde allgemein von der Praxis vertheidigt und ging auch in die neueren Partikularrechte über[6]). Doch besteht dabei die Differenz, daß nach der einen Richtung unserer Rechtsentwicklung das Recht auf einen Nothweg nur besteht[7]), wenn es ohne ihn un-

[3]) Grimm Rechtsalterth. S. 552 f., Kraut § 98 no. 13, 15—17, Grimm Weisthümer I. S. 94, II. S. 28 no. 12, III. S. 47 no. 56, S. 69 no. 29, S. 134 § 10, 13; Landr. von Eschi v. 1675 § 18 (Zeitschr. f. schweiz. R. IX. 2. S. 96), Dortmunder Statt. III. 35 (Frensdorff S. 74): We land hevet, dar neyn wegh bi is efte neyn wech tho hord, de mach bespreyden mit sinen waghene de vore tho deme nesten weghe, it ene were dat men eme eynen anderen wegh mit guder kuntschap bewysen mochte, alse recht is.

[4]) Kraut § 98 no. 13 (= Grimm III. S. 59 no. 29): der, welcher den Weg fordert, soll ihn mit Garben belegen; Kraut no. 17. — Nach dem Tiroler Weisth. I. S. 238 § 36 kann, wer, um sein Getreide abzufahren, über des Nachbarn Feld fahren muß, dann, wenn auf demselben das Getreide noch steht, sich einen Weg abmähen. Er soll aber — gewissermaßen als Entschädigung dafür — ihm dies abgemähte Getreide einfahren. Nach einem Steierm. Weisthum (Steierische u. Kärnthische Taidinge S. 25 Z. 25) soll er ihm das abgemähte Getreide nach billichen widerlegen. — Wenn auch in andern Quellen die Entschädigungspflicht nicht erwähnt wird, darf man doch nicht mit Beseler § 93 N. 3 behaupten, daß das ältere deutsche Recht keinen Anspruch auf Entschädigung anerkannte.

[5]) Ueber die Sächsische Praxis Stellen bei Emminghaus S. 484 f., 862 no. 3, über das gemeine Recht Glück Pandekten IX. § 628, Hesse über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn II. S. 211 ff., Windscheid § 212 N. 6; vgl. auch das interessante Lübecker Erkenntniß bei Seuffert I. no. 321.

[6]) Preuß. Landr. I. 22. § 3, 4 (besonders Dernburg I. § 297), C. civ. art. 682—85 (Zachariä II. § 246 und Entsch. des R. O. H. Ger. XI. no. 10), Bern. Civilges. B. art. 381 ff., Züricher Gesetzbuch § 573 ff., Sächs. Ges. B. § 345 ff., Baier. Entw. III. § 183 ff. — Aber nicht nach Oestr. Recht, Praczák Enteignung S. 98 f. — Beseler § 93 N. 6 hat seine irrige Behauptung, daß die neueren Gesetzbücher kein Recht auf den Nothweg geben, in der 3. Aufl. etwas modifizirt, ohne die allgemeine Verbreitung dieses Rechts anzuerkennen.

[7]) C. civ. 682, Zür. Ges. B. § 573, Baier. Entw. III. § 183.

möglich ist, auf das andere Grundstück zu kommen, nach der andern verbreiteteren aber auch schon dann, wenn dies nur mit unverhältnißmäßigen Schwierigkeiten möglich ist oder wenn ohne den Nothweg der Ertragswerth des Guts wesentlich geschmälert werden würde. Dagegen kann der Umstand nicht hinreichen, daß der Nothweg den Zugang zum Gut erleichtert oder abkürzt[8]).

Wenn ein Eigenthümer ein Grundstück veräußert, auf welches er über andere ihm gehörige Güter gelangte, so muß er, wenn kein anderer Weg besteht, den Zugang über seine Güter auch dem neuen Erwerber gestatten: es gilt hier eine Servitut als stillschweigend errichtet[9]).

Bei richterlicher Bestellung des Nothwegs muß derselbe auf die den Grundeigenthümer möglichst wenig belästigende Weise gegen volle Entschädigung angeordnet werden.

2. Nur höchst partikulär[10]) besteht das sog. Anwende-, Tret-,

---

[8]) Sächs. G. B. § 345, Emminghaus S. 484 no. 5, 7, Seuffert XIII. no. 210; vgl. auch III. no. 3.

[9]) Sächs. G. B. § 348, 49, Baier. Entw. § 186, Seuffert XIII. no. 212, abweichend XI. no. 18.

[10]) Von ältern Quellen wird dafür regelmäßig nur die Bestimmung des Monzinger Gerichtsbuchs (Senckenberg C. jur. germ. I. 2. p. 55 seq.) citirt. Aber dasselbe wird auch in zahlreichen Oesterr. Weisthümern vorausgesetzt. Z. B. Salzburg. Taidinge S. 28 Z. 24 ff. (S. 36 Z. 28): Es soll ainer auf den andern ahnewenden von St. Georgentag unzt auf St. Martinstag und des pflueghaubts (vorderer Theil des Pfluges) lang einwerfen, wo nicht frücht steet, aber in kain wisen soll er einwerfen. — S. 57 Z. 11 ff.: Wer seinen Acker einzäunen will, soll drei Schuh weit Land liegen lassen ratraum seinem nachtbarn . . . auch wo sein nachtber gegen ime ainwenten muess, soll er auch so vil ligen lassen, das er mit zwaien rossn wol mag umbkern. — S. 71 Z. 46 ff.: Wer einzäunt, soll dem Nachbarn liegen lassen ratrain und anwenter, wenn er mit den rossen am zaun ist, so soll er mit dem pflueg am ort sein. — Vgl. auch Tiroler Weisth. I. S. 191 Z. 17 ff., 198 Z. 8 ff., 218 Z. 21 ff., 230 Z. 23, 237 § 31 ff., II. S. 114 Z. 4 ff., 219 Z. 40 ff., 228 Z. 24 ff. — Vorausgesetzt wird dies Recht in den Böblinger Statuten (Reyscher württ. Statutarrechte S. 411); im Württemb. gilt es überhaupt nur vereinzelt, Lang Würt. Sachenr. § 25 N. 17 (hier der Name „Trepprecht"). — Wormser Ref. V. 4. Tit. 24. — Nach Thomas Fulda I. S. 259 besteht es nur als bestellte oder durch Verjährung erworbene Servitut. — Von neueren Gesetzen: Züricher G. B. § 577, Ges. v. Canton Basel-Stadt v. 26. Sept. 1881 § 7 (Ztschr. f. schweiz. R. XXIII. S. 254), König Bern. Civilgesetze II.

Kehr- oder Pflugrecht[11]), d. h. die Verpflichtung des Besitzers eines ländlichen Grundstücks, es zu dulden, daß sein Nachbar den Pflug beim Beackern des Feldes auf seinem Grundstück umwende.

3. Nach manchen Partikularrechten[11a]) gilt das Hammerschlags- oder Leiterrecht, d. h. die Befugniß des Nachbarn, zu fordern, daß er das fremde Grundstück betreten dürfe, um an dem eignen Reparaturen vorzunehmen oder ein Gerüst zum Zweck einer Reparatur dort aufzubauen[12]). — Verwandt ist das Schaufelschlagrecht, wonach wer eine Mühle oder ein Triebwerk an einem Bach oder Privatfluß hat, fordern kann, daß der Eigenthümer des Grundstücks, durch welches das Gewässer fließt, ihm den Zutritt gestattet, um den Bach oder den Fluß reinigen zu können, oder es duldet, daß er den Schlamm vorläufig auf das Ufer werfe[13]).

S. 274 f. — Das Preuß. Landr. I. 8. § 18 betrachtet die Raine zwischen benachbarten Grundstücken in der Regel als gemeinschaftlich; vgl. aber auch I. 17. § 366.

[11]) Mittermaier § 167 N. 9, Roth B. II. 128 N. 8.

[11a]) Das Oberlandesgericht zu Darmstadt (Archiv f. Rechtswiss. 3. Folge I. S. 187 ff.) hält das Hammerschlagsrecht für gemeinrechtlich.

[12]) Nicht anerkannt in den Dortmunder deutschen Statuten c. 29 (Frensdorff S. 55), wenn das Grundstück eingefriedigt ist: Wey syn erve bewroghet hevet, wyl syn naber decken eder tymmeren eder ledderen setten, dat mot hey don myt vruntscopen nicht myt rechte. — Dagegen Wormser Ref. V. 4. Tit. 13 (für den Fall, daß er sonst keinen Raum zum Bauen hätte), Würzb. Erk. bei Emminghaus S. 485. 9. II. — Preuß. Landr. I. 8. § 155 (lediglich bei Reparaturen eines Hauses), vgl. Förster III. § 170 N. 62, Dernburg § 122. 5. — Baier. Entw. III. art. 97, Roth § 128 N. 7. — Sächs. G. B. § 350. — Zürich. G. B. § 594 (zum Beschneiden der Hecken und Reparatur der Grenzmauern), § 613—615 (zur baulichen Wiederherstellung oder Reinigung eines Gebäudes), § 616 (zur Reinigung von Kloaken). — Nach französ. R. besteht nicht dies Recht, Zachariä II. § 246 N. 13. — Vgl. auch Seuffert V. no. 107.

[13]) Züricher Ges. B. § 616. — Roth B. II. § 128 N. 9 u. 12, III. § 290 N. 15, 16. — Seuffert II. no. 145, XVII. no. 9, Emminghaus S. 196 N. 24. Die Praxis hatte Recht, den Grundsatz in L. 11 § 1 D. VIII. 4. in dieser Weise auszudehnen. Falls der Grundeigenthümer kein Recht auf den Schlamm des Mühlgrabens hat oder erhebt, muß ihn in dubio der Müller fortschaffen, Bl. f. Rechtspfl. in Thüringen. XXIV. S. 223. — Wo die betreffende Benutzung des Wassers auf einer Servitut beruht, kann selbstverständlich der Berechtigte auf dem Nachbargrundstück alle Handlungen vornehmen, ohne welche

Auch kann, wem durch Wassergewalt, durch einen Windstoß u. s. w. seine Sachen auf einen fremden Grund geführt sind, um sie zurückzuholen, den Zutritt zu dem betreffenden Grundstück fordern[14]).

4. Im öffentlichen Interesse sind die Grundeigenthümer bei mannigfachen Veranlassungen verpflichtet, an sich nicht berechtigten Personen den Zutritt, Aufenthalt resp. die Benutzung ihrer Grundstücke zu gestatten. Nach dem Reichspostgesetz v. 28. Oktober 1871 § 17 können in besonderen Fällen, in denen die gewöhnlichen Postwege gar nicht oder schwer zu passiren sind, die Posten „sich der Neben- und Feldwege, sowie der ungehegten Wiesen und Aecker bedienen, unbeschadet jedoch des Rechtes der Eigenthümer auf Schadenersatz". Nach dem Reichsgesetz über die Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Frieden v. 13. Februar 1875 § 11 ff. sind die Grundstücksbesitzer verpflichtet, gegen Schadensersatz die Benutzung ihrer Grundstücke bei Truppenübungen und die Benutzung von Brunnen und Tränken durch die Truppen zu gestatten[14a]). Zweifellos hat überall der Grundeigenthümer es zu gestatten, daß sein Grundstück von den Löschmannschaften betreten wird, wenn es sich darum handelt, eine Feuersgefahr zu bekämpfen.

5. Die Anwohner eines öffentlichen Flusses müssen denen, welche ihn für Fischerei oder Schifffahrt benützen, den usus publicus fluminis dadurch ermöglichen, daß sie ihnen den sog. Leinpfad gestatten, d. h. ihnen erlauben, das Ufer zum Anlegen des Schiffes, zum Gehen neben dem Schiff u. s. w. zu benützen[15]). Aehnlich

---

er die Dienstbarkeit nicht ausüben könnte, Seuffert XVII. no. 9, XXIX. no. 221.

[14]) L. 9. § 1 D. 39. 2, Windscheid § 169 N. 21. — Preuß. Landr. I. 9. § 293—297, Förster III. § 170 b. 4. — Nach Waadtländischen Gemeindeordnungen des Mittelalters (Forel chartes communales du pays de Vaud p. 25 f., 84) darf man fremden Boden betreten sequendo animal suum sive avem. — Ueber das Einfangen seines Bienenschwarms auf dem fremden Grundstück s. unten § 150 N. 13, 14. — Ueber das Recht des früheren Eigenthümers auf einem Grundstück nach einem vergrabenen Schatz zu suchen vgl. Seuffert IV. no. 10; auch Ostfries. Landr. II 293.

[14a]) Laband Staatsrecht III. S. 339 ff.

[15]) Urk. v. J. 1157 (Mon. Boica XXIX. a. p. 341): mercatores per Mogum ascendentes seu per ripam fluminis, quae via regia esse

müssen auch die Anwohner des Meeres während einer Seenoth gestatten, daß der Strandvogt zur Rettung von Menschenleben jeden außerhalb der öffentlichen Wege zum Strande führenden Zugang in Anspruch nimmt[15a]).

6. Besondere Gesetze regeln die Pflicht des Grundeigenthümers, das von dem höhergelegenen Nachbargrundstück herabfließende Wasser auf seinem Grundstück aufzunehmen und ihm freien Abfluß zu lassen (Bestimmungen über die Vorfluth)[16]).

Wo nach Ansicht der Behörde es im Interesse des obern Grundstücks oder im allgemeinen Landeskulturinteresse erforderlich oder besonders vortheilhaft ist, kann er zugleich angehalten werden, das Ziehen von Gräben und sonstigen Wasserleitungen gegen volle Entschädigung zu gestatten[17]).

7. In einem späteren Abschnitt (§ 142, 143) handeln wir von der gesetzlichen Verpflichtung der Grundeigenthümer, in Folge der

---

dinoscitur, funes trahentes. — Sachsensp. II. 28. § 4: Die vischere mut ok wol dat ertrike nütten, also vern alse he enes gestriden mach ut deme scepe von deme rechten stade. — Baier. Ges. bei Kraut § 90 no. 12. — Preuß. Landr. II. 15. § 57 ff., Dernburg I. § 256. — Mittermaier § 231, Maurenbrecher I. S. 632 ff., Gengler Lehrb. S. 256. — Seuffert II. no. 260. — Zahlreiche andere derartige Lasten führt Endemann Wasserrecht 1862. S. 23 ff. auf.

[15a]) Reichsstrandungsordnung v. 17. Mai 1874 § 9.

[16]) Die Bestimmungen sind durchaus partikulärer Natur. Ueber das röm. Recht und seine aquae pluviae arcendae actio Hesse in Ihering's Jahrb. VII. S. 216 ff. u. Windscheid § 169 N. 11 u. § 473. — Brünner Schöffenb. c. 79. — Grimm Weisth. III. S. 591. — Preuß. Landr. I. 8. § 103 ff. ist theils aufgehoben, theils durch neuere Gesetze modifizirt, Förster III. § 170 N. 55 ff., Dernburg I. § 254., Nieberding Wasserrecht im Preuß. Staat S. 49 ff., Baron in d. Ztschr. f. vgl. Rechtsw. I. S. 297 ff. — Vorfluthgesetz für Neuvorpommern und Rügen vom 9. Febr. 1867. — Code civ. art. 640. — Zür. G. B. § 578 f. — In geringerem Umfange anerkannt im Sächs. G. B. § 354 ff. u. im Baier. R. Roth B. II. § 125 II., § 128 N. 13. — Vgl. auch Beseler § 200 N. 31.

[17]) z. B. Preuß. Ges. v. 1843 (Kraut § 90 no. 14—16), Vorfluthges. f. Neuvorpommern (vgl. Note 16) § 14. — Zür. G. B. § 580, 81.

Der Eigenthümer des als dienend beanspruchten Grundstücks kann statt Auflegung einer Servitut auch fordern, daß der Andere das Eigenthum des Grundstücks gegen Entschädigung übernehme, Preuß. Ges. v. 28. Febr. 1843 § 26, Baier. Ges. v. 17. Nov. 1837 art. 1 und unten § 92 N. 29.

Freierklärung des Bergbaus es zu dulden, daß ein Anderer gegen volle Entschädigung auf ihrem Grundstück nach Mineralien sucht oder ein Bergwerk anlegt. Nach Partikularrechten muß aber auch der Grundbesitzer, welcher andere nicht unter den Regeln des Bergrechts stehende Fossilien, Kies, Lehm und sonstige Baumaterialien auf oder in seinem Boden besitzt und dieselben ungenutzt läßt, deren Okkupation andern Baulustigen gegen billige Entschädigung überlassen[18]).

8. Mannigfache Beschränkungen gelten ferner in Rücksicht auf Bäume und Sträucher, welche nahe der Grenze eines Grundstücks stehen und mit ihren Aesten in den Luftraum des Nachbars oder mit ihren Wurzeln in sein Erdreich hineinreichen (Ueberhangs-

---

[18]) Franchises de Nyon a. 1439 (Forel chartes communales du pays de Vaud p. 258): villa et burgenses pro eorum bastimentis faciendis fortaliciisque aut eorum necessitatibus juvandis [possunt] perquirere, fodere et trahere petras seu lapides duros vel molles, minas, carbones et alia talia absque damno ubi invenerint. — Preuß. Landr. II. 16. § 75 ff.: Besitzer thonhaltiger Aecker sollen den Besitzern von Ziegeleien das Graben nach Thon gegen Entschädigung gestatten. Aehnliche Bestimmungen bei Falck V. S. 181, Brückner § 528; vgl. dagegen Emminghaus S. 472 no. 6.

Preuß. G. über das Deichwesen v. 28. Jan. 1848 § 20: Die Besitzer von zu einem Deichverbande gehörigen Grundstücken sind verpflichtet, „die zu jenen Anlagen nöthigen Materialien von Sand, Lehm, Rasen u. s. w. gegen Ersatz des durch die Fortnahme derselben ihnen entstehenden Schadens zu überlassen". Preuß. Ges. v. 11. Apr. 1872 § 20. — Bremer Deich-Ordn. v. 16. Juli 1872 § 74, 76. — Aeltere entsprechende Bestimmungen aus Deichordnungen bei Pufendorf obs. I. no. 193 § 6, IV. no. 216 § 3, wo auch die Bremen'sche Deichordn. v. 1743 c. 3 § 13 citirt wird, welche keine Entschädigung bestimmt, und bei Häberlin in d. Arch. f. civ. Praxis XXXIX. S. 33 ff. — Vgl. auch Seuffert VIII. no. 287, wo Literatur angegeben ist. — Preuß. Gesetz über die Enteignung v. Grundeigenthum v. 11 Juni 1874 § 50: „die zum Bau und zur Unterhaltung öffentlicher Wege (mit Ausschluß der Eisenbahnen) erforderlichen Feld- und Bruchsteine, Kies, Rasen, Sand, Lehm und andere Erde ist, soweit der Wegbaupflichtige nicht diese Materialien in brauchbarer Beschaffenheit und angemessener Nähe auf eigenen Grundstücken fördern kann, und der Eigenthümer sie nicht selbst gebraucht, ein Jeder verpflichtet, nach Anordnung der Behörde von seinen landwirthschaftlichen und Forstgrundstücken, seinem Unlande oder aus seinen Gewässern entnehmen und das Aufsuchen derselben durch Schürfen, Bohren u. s. w. daselbst unter Controle des Eigenthümers sich gefallen zu lassen"; § 51 regelt die Entschädigung. — Vgl. überhaupt v. Rohland zur Theorie u. Praxis des Enteignungsrechts. 1875. S. 78 ff.

und Ueberfallrecht). Der Baum ist eine einheitliche Sache und gehört dem ganz, aus dessen Boden der Stamm hervorwächst. Dessen Eigenthum tritt aber mit der Herrschaft in Conflikt, welche der Nachbar über die Luftsäule oberhalb seines Bodens und über das Erdreich unter der Oberfläche seines Grundstücks hat. Dieser Conflikt kann in verschiedener Weise durch das Recht ausgeglichen werden.

Nach römischem Recht darf der Nachbar, wenn der Baum über sein Haus herüberhängt, dessen völlige Entfernung, wenn die Zweige auf sein Ackergrundstück herüberhängen, das Abschneiden derselben bis zur Höhe von 15 Fuß fordern; nimmt der Eigenthümer des Baums diese Beseitigung nicht vor, so muß er sie dem Nachbar gestatten und dieser darf dann das Holz für sich behalten[19]). Die Früchte, welche von einem solchen Baum auf das Nachbargrundstück fallen, gehören dem Eigenthümer des Baums und der Nachbar muß ihm erlauben, daß er jeden dritten Tag sein Grundstück betrete um sie abzuholen. Diese gemeinrechtlichen Grundsätze haben h. z. T. nur theilweise Geltung[20]), da das deutsche Recht nach beiden Richtungen hin eigene, allerdings sehr partikuläre Normen entwickelt hat, welche für die ältere Zeit uns in zahlreichen Weisthümern begegnen und auch in den neueren Partikularrechten Ausdruck erhalten haben[21]).

---

[19]) Windscheid § 169 no. 4; vgl. auch Werenberg in Jhering's Jahrb. VI. S. 67 ff.

[20]) Sie sind direkt aufgenommen in der Wormser Reform. VI. 1. 14.

[21]) Die von Grimm Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. III. S. 349—357 (Etwas über den Ueberfall der Früchte und das Verhauen überragender Aeste; hier finden sich auch französische u. spanische Quellenstellen) nnd in den Rechtsalterthümern S. 70 u. S. 550—552 gesammelten und von Kraut § 77 no. 11 ff. wiederholten Stellen finden sich jetzt auch in Grimm's Weisthümern, nach denen ich sie citire. Außerdem habe ich noch im folgenden zahlreiche andere Stellen aus den Weisthümern angeführt, um zu zeigen, in welchem Maß das sich selbst überlassene Gewohnheitsrecht sich partikularrechtlich gestaltete. — Die Abhandlung von Hillebrand (das deutsche Ueberhangs- und Ueberfallsrecht in d. Zeitschr f. d. R. IX. S. 310—322) fügt zu dem Grimm'schen Material nichts neues hinzu und leitet die deutschen Grundsätze daraus her, daß die Gewere von Immobilien auch die über denselben befindlichen Mobilien umfaßt habe, — ohne zu beweisen, daß man die überhangenden Zweige als besondere Mobilien aufgefaßt habe und daß der Nachbar — wie man nach der ersten Annahme vermuthen dürfte — die überhangenden Zweige bis zum Gipfel des Baumes habe abhauen dürfen. — Massot (Was ist im Großherzogthum Hessen Rechtens

Ein allgemeines festes Prinzip fehlt und es lassen sich die einzelnen Bestimmungen nicht als Consequenzen aus höheren Rechtsgrundsätzen ableiten. Vielmehr suchte man in billiger Weise die entgegenstehenden Interessen auszugleichen und hat dabei in ganz außerordentlich partikulärer Rechtsbildung bald mehr den Eigenthümer des Baumes, bald mehr den Nachbarn begünstigt.

a) Die überhängenden Zweige.

Da der Baum mit allen seinen Zweigen Eigenthum dessen ist, aus dessen Boden der Stamm hervorkommt[22]), so kann dieser ihn ohne den Nachbarn zu fragen umhauen oder von seinem Grundstück aus die herüberhängenden Zweige abhacken[23]). Läßt er die Zweige

---

in Ansehung überhängender Aeste und übergreifender Wurzeln? im Arch. f. prakt. R. W. N. F. VIII. S. 281—292) theilt gleichfalls nur sehr geringes Quellenmaterial mit. — Vgl. auch Hesse über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücknachbarn II. S. 195 ff. und Kayser das preußische Ueberhangs- und Ueberfallrecht im Anschluß an deutschrechtliche Bestimmungen, in Gruchot's Beiträgen XXI. S. 69—87.

[22]) Abweichend formulirt das Braunschw. Reskr. v. 1793 (Steinacker S. 395 N. 1), daß er dahin gehört, wo er seine Wurzeln hat. — Ein auf der Grenze stehender Baum steht im Miteigenthum der beiden Nachbarn (condominium pro indiviso) nach dem Preuß. Landr. I. 9 § 285, 286, Oestr. G. B. § 421, Sächs. G. B. § 361, Baier. Entw. § 396. — Das röm. Recht nimmt, so lange der Baum steht, ein condominium pro diviso nach Maßgabe der Grenzlinie an; vgl. auch Roth B. II. § 120 N. 30.

Die überhängenden Zweige werden weder im ältern noch neueren Recht als Eigenthum des Nachbarn betrachtet. Man war darüber auch in der ältern Doktrin einig, vgl. z. B. Runde § 276, Haubold § 362 N. e und die Exzerpte aus der Sächs. Literatur bei Emminghaus S. 444 no. 17, 19, 21, und es ist erst ein neuerlicher Irrthum, daß der Nachbar Eigenthümer der auf seine Gewere herüberhängenden Zweige sei, Mittermaier § 165 IV., Beseler § 89 IV., Hillebrand a. a. O. (vgl. N. 21) S. 319 ff.; in der Praxis nimmt ein Wittenberger (Emminghaus S. 446 N. 27) u. ein Dresdener Erkenntniß von 1863 (Seuffert XVII. no. 7) ein gesondertes Eigenthum an einzelnen Zweigen an.

[23]) Z. B. Preuß. Landr. I. 9 § 291 und Weimar'sches Patent v. 1819 bei Emminghaus S. 445 Note 1. — Daß der Eigenthümer den Baum oder die überhängenden Zweige abhauen darf, wird auch in einer Augsburger Willkür von 1445 (Meyer S. 162 f.) festgesetzt, aber mit der Einschränkung, so kain obs daran ist. Sie erklärt sich aus der mittelalterlichen Rechtsansicht, daß der Nachbar, welcher die Zweige geduldet hat, auch einen Anspruch auf das daran hängende Obst für diesen Sommer hat. Aehnlich ist auch zu erklären die Be-

weiter herüberwachsen, so braucht sie der Nachbar nicht zu dulden[24]; er kann ihre Beseitigung fordern[25], auch gerichtlich darauf klagen[26] und darf, wenn der Eigenthümer des Baums der Aufforderung nicht nachkommt, sie selbst abschneiden[27]. Nach manchen Rechten bedarf es gar nicht der Aufforderung, sondern darf der Nachbar ohne weiteres Selbsthülfe üben[28]. Nirgends ist er auf die römischen 15 Fuß beschränkt, aber auch der römische Satz, daß er bei städtischen Grund-

---

stimmung der Salzburger Taidinge S. 23 Z. 10 ff.: es soll auch kainer ainen paum ansailen und auf sein grund ziechen, sonder wo ainer ainen paum abschlueg, darzue ain anderer seinen faal hete, denselben soll er frei fallen lassen; S. 39 Z. 35 ff. ebenso, aber am Schluß: alsdann soll es damit gehalten werden, wie mit den fruchten. — Vgl. auch S. 175 Z. 6 ff. — In Betreff der Rankengewächse, speziell des Hopfens, welcher über den Zaun herüber gewachsen ist, bestimmt Sachsensp. II. 52 § 1, daß der Eigenthümer ihn herüberziehen soll: svat is ime volget, dat is sin; svat is in anderhalf blift, dat is sines nakebures (wörtlich ebenso: Sächs. Weichb. § 125. § 1 [v. Daniels und Gruben S. 170]), Grimm III. S. 48 no. 76, Polnisches Rechtsdenkmal c. 19 (herausgeg. von Volkmann Elbing 1869. S. 21).

[24]) Sachsensp. II. 52 § 2: Siner bome telge ne solen over den tun ok nicht gan, sine nakebure to scaden (wörtlich übereinstimmend Sächs. Weichb. 125 § 1 [Daniels und Gruben S. 170]), Westph. Weisth. bei Grimm III. S. 47 § 66. Auch einzelne andere Quellen heben das Erforderniß des Schadens hervor, Magdeb. Blume I. 36, Polnisches Rechtsdenkmal c. 19, Gosl. Statt. S. 31 Z. 4 ff., Regensb. Ordnung v. 1657 (bei Gengler Lehrb. S. 209 f.), Grimm I. S. 218 erster Absatz, III. S. 42 § 20, VI. S. 375 § 16. — Im übrigen wird diese Voraussetzung nicht gemacht und kann der Nachbar schon wegen des Ueberhangs an sich die Beseitigung fordern.

[25]) Sächs. G. B. § 362, Zür. G. B. § 590, Hess.-Darmst. G. v. 23. Jan. 1861 art. 3.

[26]) Augsb. Statt. c. 81 (Meyer S. 162), Poln. Rechtsdenkm. c. 19, Gosl. Statt. S. 31 Z. 4 ff. — Daß auch nach Preuß. R. der Nachbar den Baumeigenthümer gerichtlich zur Beseitigung der Zweige anhalten darf, führt gegen die Entsch. des O. Tribunals Dernburg I. § 220 N. 14 aus; vgl. auch Förster III. § 173 N. 47. — Gemeinrechtlich ist zu diesem Zweck die a. negatoria zulässig, Seuffert X. no. 18, XI. no. 115.

[27]) Gosl. Statt. 31 Z. 4 ff., Grimm III. S. 42 § 20, 137, § 19, Tirol. Weisth. I. S. 171 Z. 40 ff., S. 184 Z. 31 ff., Salzb. Taid. S. 57 Z. 17. — Baier. Entw. III. art. 198.

[28]) Grimm III. S. 48 § 68 vgl. mit 67, Landb. des Hochgerichts Klosters S. 89 (nur wenn der Baum zu nahe gepflanzt ist), C. Max. Bav. II. 8 § 6, Preuß. Landr. I. 9 § 288, Oestr. G. B. § 422, Sächs. G. B. § 362 (älteres Sächs. R. bei Emminghaus S. 444 no. 17).

stücken die völlige Beseitigung des Baums fordern darf, ist in den neueren Partikularrechten nicht anerkannt, sondern es ist ihm entweder ganz im Allgemeinen das Abhauen der Zweige gestattet oder es wird in sonstiger positiver Weise die Höhe angegeben[29]).

Dasselbe Recht hatte auch der Besitzer einer Wegegerechtigkeit; er darf die Zweige fortschneiden, soweit sie ihn bei Ausübung der Berechtigung hindern[30]).

Ueber die Frage, wem die abgehauenen Zweige gehören, wenn sie der Nachbar abgeschlagen hat, äußern sich ältere und neuere Quellen nur selten; einzelne Partikularrechte bestimmen, daß er sie behält[31]), andere, daß er sie dem Baumeigenthümer ausliefern soll[32]).

b) Die von einem fremden Baum hineingewachsenen Wurzeln.

Während der Nachbar nach römischem Recht sie nicht selbst abhacken, sondern nur ihre Beseitigung mit der actio negatoria fordern durfte, kann nach deutschem Recht der Nachbar selbst die Entfernung vornehmen[33]); einer besonderen Aufforderung zu ihrer Beseitigung an den Eigenthümer des Baums wird nicht gedacht. Das Eigenthum

---

[29]) Er kann sie so weit abhauen, als er auf einem Leiterwagen stehend, sie mit einer Axt, deren Stiel eine Elle lang ist, erreicht Grimm III. S. 42 § 20. — S. 47 § 67, I. S. 218 § 1, Westerwolder Landr. VIII. § 8 (v. Richthofen S. 268). — Anderthalb Klafter hoch, resp. soweit man reichen kann, Grimm III. S. 375 § 76.

[30]) Grimm III. S. 29: so ver und so hoch, dat sie em nicht en hinderen an dem faren, mit namen so hoege, als ein man gerecken kan mit einer bylen, wann he stünde up einem geledderden wagen; S. 47 § 67, S. 69 § 35, S. 682 § 11[b]. — Beschneiden von Hecken Grimm III. S. 309 § 21, VI. S. 154 § 8.

[31]) Baier. Entw. III. art. 198. — Eine Theilung schreibt in origineller Weise vor: Grimm III. S. 42 § 20, S. 69 § 35. — Partikulär wird auch ein umgefallener Baum dem Nachbarn so weit zugesprochen, als er auf dessen Grund fiel, Kraut § 77 no. 12, vgl. auch Grimm III. S. 310 § 24. — Wo es an positiver Bestimmung fehlt, darf man dem Nachbarn nicht die von ihm abgehauenen Zweige zusprechen, auch nicht aus dem Gesichtspunkt, daß er so einen Ersatz für seine Mühe erhalte.

[32]) Preuß. Landr. I. 9 § 287 f. (Dernburg I. § 220 N. 12), Sächs. G. B. § 362.

[33]) Grimm III. S. 137 § 19, Preuß. Landr. I. 9 § 287, 288, Oestr. G. B. § 422, Züricher G. B. § 589.

an den abgehackten Wurzeln fällt nach sächsischem Recht dem Nachbar zu[34]; nach Preuß. Recht gehört es dem Baumeigenthümer[35]).

c) Die Früchte der überhangenden Zweige[36]).

So lange sie mit dem Baum zusammenhängen, also kein besonderes Rechtsobjekt bilden, gehören sie dem Eigenthümer des Baums[36a]). Aber der Nachbar, welcher den Ueberhang duldet, darf im allgemeinen nach deutschem Recht[37]) die Früchte okkupiren, und braucht nicht, wie nach römischem Recht, dem Eigenthümer zu gestatten, daß er sein Grundstück betritt und sie dort einsammelt. Wer die Unannehmlichkeit des Ueberhangs duldet, soll auch den Vortheil haben, welchen er möglicherweise bringen kann: „wer den bösen Tropfen genießt, genießt auch den guten"[38]).

Doch war dies Okkupationsrecht des Nachbarn nicht uneingeschränkt überall anerkannt; nach vielen Quellen trat eine Theilung der Früchte zwischen dem Eigenthümer des Baums und dem Nachbar ein[39]). Wo diese Quotentheilung nicht gilt, ist es ganz besonders

---

[34]) Sächs. G. B. § 362, Baier. Entw. III. art. 198.

[35]) Preuß. Landr. I. 9 § 288.

[36]) Diese Lehre, welche wir mit Rücksicht auf den Eigenthümer des Baumes zu den Eigenthumsbeschränkungen stellen, kann man auch mit Rücksicht auf den Nachbarn in der Lehre vom Eigenthumserwerb behandeln.

[36a]) Steht der Baum auf der Grenze, so gehört die Fruchtnutzung den beiden Nachbarn zusammen, Steirische Taidinge S. 357 Z. 1 ff.

[37]) Im französischen Recht fehlt es an einer Bestimmung und hat sich auch keine gemeine Meinung herausgebildet, Zachariä I. § 242. — Nach dem Landbuch v. Klosters S. 89 ist dies nur der Fall, wenn der Baum zu nahe der Grenze gepflanzt ist.

[38]) Rietberger Landr. v. 1697 § 35 (Grimm III. S. 106): „Wem die Eicheln zugehören, so von des Nachbarn Baume, dessen Zweyger auf des andern Nachbarn Grund hengen, fallen? Der den bösen Tropfen genießt, genießt auch den guten"; Urtheile v. Sandwell aus dem 16. Jahrhundert § 3 (Grimm III. S. 133): „wandeweil er den quaden dropfen haben muess, soll er auch des guten genieszen".

[39]) Der Ueberfall soll getheilt werden, d. h. zu gleichen Theilen: Grimm III. S. 47 no. 65, S. 69 § 34, S. 591 Abs. 4, S. 682 § 11, VI. S. 150 § 12, Salzb. Taid. S. 23 Z. 3 ff., S. 39 Z. 28 ff., S. 57 Z. 21 ff., S. 83 Z. 34, S. 160 Z. 23 ff., 31 ff., S. 170 Z. 1 ff., Herrschaftsrecht zu Elgg bei Bluntschli Privatr. § 72 no. 3, Brünner Schöffenb. c. 208, Purgold II. 125, Frankenhauser Statuten art. 40 (Walch I. S. 348), Breidenbacher Landsbrauch v. J. 1631 bei v. der Nahmer S. 890 (auch bei Stammler R. des Breidenbacher

für die von selbst abfallenden Früchte (den Abfall, Abrisz, Anris)[40]) anerkannt, daß sie demjenigen gehören, auf dessen Grund sie gefunden werden[41]). Nach manchen Quellen gilt dies auch von denjenigen Früchten, welche, wenn der Eigenthümer schüttelt, auf des Nachbarn Boden fallen[42]); der Nachbar soll nicht bloß den Baum nicht schütteln, sondern auch die überhängenden Früchte nicht abbrechen[43]). Aeltere Quellen gestatten dem Eigenthümer auf seinen Baum zu steigen und abzubrechen, was er mit der Hand erreichen kann[44]), u. s. w.

Bisweilen aber wird allgemeiner gesagt, daß das überhängende Obst dem Nachbarn gehört[45]), d. h. daß er ein definitives Anrecht auf die über seinem Grundstück wachsenden Früchte hat; er kann sie

---

Grundes 1882 S. 90 no. 18), Nürnberg. Ref. XXVI. 14. — Zwei Theile folgen dem Stamme, der dritte gehört dem Nachbarn: Oestr. Weisth. bei Grimm III. S. 684, Tirol. W. I. S. 172 Z. 1 ff., S. 184 Z. 28 ff., Salzb. Taid. S. 12 Z. 23 ff., S. 147 Z. 4 ff. — Der dritte Theil gehört zum Stamm: Grimm VI. S. 80 § 4ª, S. 141 § 14, S. 142 § 15, S. 155 § 12, Tirol. W. III. S. 368 Z. 10 ff., Salzb. Taid. S. 12 Z. 26 ff., S. 70 Z. 13 ff., S. 116 art. 31, S. 275 Z. 14 ff., Würtemb. Bau-O. von 1655 (Gengler Lehrb. S. 209).

Andere part. Bestimmungen, bei denen darauf Rücksicht genommen wird, ob der Baum einem Einzelnen oder der Gemeinde gehört, ob das Land eingehegt ist oder nicht u. s. w. bei Grimm III. S. 42 § 18, 19, S. 133 § 3, 143 Abs. 4, 311 § 25, VI. S. 142 § 16, Salzb. Taid. S. 70 Z. 25 ff.

[40]) Grimm deutsch. Wörterbuch I. S. 429. Vergl. auch Grimm Weisthümer I. S. 223 § 2, IV. S. 336 § 26, V. S. 163 § 58, VI. S. 375 § 76.

[41]) Kraut § 77 no. 12, Grimm Weisth. VI. S. 375 § 76, C. Maxim. Bav. II. 3 § 20 no. 2, Preuß. Landr. I. 9 § 292, Sächs. G. B. § 363. — Mit Bezug auf wildes Obst Salzb. Taid. S. 57 Z. 23 ff., S. 83 Z. 31 ff., S. 147 Z. 9 ff., S. 160 Z. 30 ff. — Es ist eine Ausnahme, wenn kein Anris gegeben wird, Grimm IV. S. 336 § 26.

[42]) Kraut § 77 no. 10, Glosse z. Weichb. 125 (v. Daniels u. Gruben S. 432), Stadtr. v. Cleve 176 § 2 (Zeitschr. f. R. G. IX. S. 448).

[43]) Poln. Rechtsdenkm. c. 19 (Volkmann S. 21).

[44]) Kraut § 77 no. 16 (Rechtsb. n. Dist. II. 2, 14), Grimm III. S. 682 § 11, VI. S. 141 § 14. — Fällt er dabei auf des Nachbarn Boden, so ist er diesem eine Buße schuldig, Grimm VI. S. 141 § 14, S. 150 § 13, S. 155 § 12, Salzb. Taid. S. 23 Z. 8 ff., S. 39 Z. 32 ff., S. 160 Z. 28 ff.

[45]) Kraut § 77 no. 14, Prager Rechtsb. c. 166 (Rößler S. 150), Augsb. Statuten c. 81 (Meyer S. 162), Recht v. Regensb. bei Gengler Lehrb. S. 210, v. Wintzelhausen in Würtemberg v. J. 1593 (Reyscher Sammlung S. 503). — Mit Bezug auf Eichbäume Salzb. Taid. S. 57 Z. 30 ff.

sich zueignen[46]) und der Baumeigenthümer soll nicht solche Früchte mit Instrumenten oder durch Herüberbeugen der Aeste an sich langen[47]).

§ 86. Beschränkungen des Grundeigenthümers, welche ihn im Interesse seiner Nachbarn zu einem Unterlassen verpflichten.

So wie der Eigenthümer durch ein Rechtsgeschäft seinem Grundstück eine Servitut auferlegen kann, welche ihn im Interesse seines Nachbarn zu einem non facere dessen, was er an sich als Eigenthümer dürfte, verpflichtet, so bestehen auch nach vielen Partikularrechten ähnliche gesetzliche Einschränkungen im nachbarlichen Interesse. Wir heben einige derselben hervor.

1. Das Fenster- oder Lichtrecht[1]).

a) Während nach römischem Recht der Eigenthümer in seinem Gebäude Fenster anlegen darf, wo es ihm beliebt, sich aber auch gefallen lassen muß, daß sein Nachbar sie ihm verbaut, soll er nach zahlreichen deutschen Partikularrechten keine Fenster neu anbringen, welche auf des Nachbarn Hof hinausgehen, oder aus welchen in den Hof etwas geworfen oder gegossen werden kann[2]). Der Nachbar

---

[46]) Preuß. Landr. I. 9 § 289, Oestr. G. B. § 422, Baier. Entw. III. § 199, Emminghaus S. 443 no. 15; er darf sie im Beisein des Eigenthümers abnehmen, Weimarsches Patent bei Emminghaus S. 445 N. 1.

[47]) Preuß. Landr. I. 9 § 290. — Der Eigenthümer wird straffällig, wenn er dem Nachbarn seinen Anrisz beeinträchtigt, Grimm I. 223. § 2, V. 163. § 58.

[1]) Aeltere Literatur bei Runde § 275. — Fahne das Fenster- und Lichtrecht nach röm., gemeinem deutschen, preuß. u. französ. Recht, 2. verm. Ausgabe 1840. — Pfeiffer prakt. Ausführungen IV. no. 1 S. 3—53, VII. no. 10 S. 331—375 (mit Rücksicht auf röm. u. kurheff. Recht). — Kompe in d. Arch. f. prakt. Rechtswiss. II. 1852. S. 177—190. — Stölzel in d. Arch. f. civ. Praxis LII. 1869. S. 206—238 (Röm. Recht u. Aufführung part. Bestimmungen). — Platner § 61.

[2]) Sachsensp. II. 49 § 1 nach der Quedlinburger Handschrift, Brünner Schöffenb. c. 215, 486, Wiener Stadtr. (Schuster) art. 129, Statuten von Frankfurt, Nürnberg, Hamburg bei Kraut § 98 no. 23—25 (über den Hamburger Satz vgl. Baumeister I. S. 139, 156 ff.), revid. Lübisches Recht III. 12 art. 13 (vgl. Mevius ad h. l. und über die Anwendung der Bestimmung in Pommern v. Wilmowski Lüb. Recht in Pommern. 1867. S. 43 f.), Grimm Weisth. III. S. 214 § 8. — Nassau-Katzenelnb. Land. O. V. 3, 1 (v. d. Nahmer I. S. 313). — Baier. Part. Rechte bei Roth II. § 126 N. 8 f., § 168 III. Aehnlich wie in den Baierischen Quellen Licht- und Traufrecht mit einander

kann die Zumauerung fordern, aber der Eigenthümer durch Verjährung ein Recht auf die Fenster erwerben[3]).

Jene Beschränkung findet aber nur da Anwendung, wo das Haus, in welchem die Fenster angelegt werden sollen, hart auf der Grenze oder nahe bei derselben steht[4]); auch nimmt die Praxis bisweilen an, daß sie wegfällt, wo für den Nachbar von den Fenstern kein Schaden oder keine Belästigung zu erwarten ist[5]). Einzelne Partikularrechte gestatten dem Grundeigenthümer nach besonderer obrigkeitlicher Erlaubniß die Anlegung von Fenstern, wenn sie für ihn nothwendig oder wünschenswerth sind[6]), oder erlauben sie ihm unter bestimmten Kautelen: sie sollen vergittert sein, sich in bestimmter Höhe über dem Boden befinden, kein durchsichtiges Glas haben 2c.[7]).

b) Nach römischem Recht darf der Eigenthümer, falls ihm keine Servitut entgegensteht, dicht an das Nachbarhaus heran bauen. Partikularrechte verbieten einen Bau, durch welchen der Nachbar seine Fenster nicht gebrauchen kann, oder lassen ihn nur unter Beschränkungen zu[8]). Andere Partikularrechte stehen auf dem Boden

---

kombinirt sind, findet sich dies auch im Dortmunder Recht IV. 19 (Frensdorff S. 113).

[3]) Vgl. auch N. 8. — Dreißigjährige Verjährung nach dem Trierer Landr. v. 1713 XXII. § 2 (Maurenbrecher II. S. 203).

[4]) Baumeister I. S. 140 N. 14.

[5]) v. Wilmowski S. 44.

[6]) Statt. v. Eimbeck 1658. XVII. 1 (Pufendorf II. p. 224 f.), Mainzer Land. O. VII. § 39 (v. d. Nahmer II. S. 772).

[7]) z. B. Münchener Stadtrecht bei Auer S. CIII f., Purgold II. 132 Wormser Ref. V. Thl. 4, Tit. 11, Mainzer Ld. O. VII. § 34, 35, Preuß. Landr. I. 8 § 137, 138, Code civ. 676—680, Baier. Entw. III. art. 194, 195, Reyscher § 284 N. 10, 11, Zachariä II. § 244.

[8]) Schwabensp. 371: man soll nicht dem Nachbar das Licht verbauen. — Preuß. Landr. I. 8 § 142—144: man darf Fenster verbauen, welche nicht bereits seit 10 Jahren Bestand haben; bei ältern Fenstern ist so zu bauen, daß dem Nachbar nicht alles Licht entzogen wird; über diese Bestimmung Dernburg § 221. 2, Paris Kritik der herrschenden Lehre vom Licht- und Fensterrecht. Berl. 1879, Entsch. d. Reichsger. II. no. 54. — Die Hamburger Statuten (Kraut § 98 no. 25) unterscheiden zwischen aufschlagenden und stehenden Fenstern. — Ueber Lüb. Recht Budde Entscheid. VIII. S. 49; über die Pommer'sche Praxis vgl. v. Wilmowski S. 50 ff. — Noch weiter geht das Recht von Pfeffers bei Grimm Weisth. VI. 375 § 79 u. das Züricher Ges. B. § 601: „Der Eigen-

des gemeinen Rechts und geben dem Hauseigenthümer, welcher Fenster nach der Nachbarseite hin hat, kein Verbietungsrecht gegen einen Bau, welcher die Fenster verschließt[9]).

2. Zahlreiche Gesetze verbieten es dem Grundeigenthümer Anstalten von besonders unangenehmer Wirkung, wie Kloaken, Düngergruben, oder von gefahrdrohender Natur, wie Oefen, Essen u. s. w. in unmittelbarer Nähe des Nachbargrundstücks zu errichten[10]); sie

---

thümer ist befugt, dem Nachbar einen projektirten Bau zu untersagen, wenn jenem Gebäude in solchem Maße Sonnenlicht oder Heiterkeit entzogen würde, daß eines oder mehrere Zimmer oder Räume zur Erfüllung ihrer Bestimmung ohne künstliche Mittel, wie Anzünden von Licht u. dgl. unbrauchbar gemacht oder der Werth des Gebäudes um wenigstens den zehnten Theil verringert würde"; vgl. auch § 603 und 605.

[9]) Purgold II. 132, Nassau-Katzenelnb. Land. O. VI. 3 § 2, vgl. mit § 3 u. 4; Seuffert II. no. 139 u. XIV. no. 13 (Berlin u. Stuttg.).

[10]) Die Solonische Detailbestimmung über die Entfernung solcher Anlagen vom Nachbargrundstück in L. 13 D. X. 1 kann nicht als gemeines Recht gelten, da der Jurist sie lediglich referirt; vgl. Seuffert VII. no. 281 (Darmst.), XXXII. no. 112 (Celle), XXXV. 4 (Jena), Langenn u. Kori II. S. 244 ff., Windscheid § 169 N. 4, Werenberg in v. Ihering's Jahrbb. VI. S. 40 N. 17, Roth B. § 126 N. 2, wogegen die hannover'sche Praxis die Lex für anwendbar erklärt, Grefe II. S. 112. — Ueber Düngergruben nach gemeinem Recht vgl. Werenberg S. 65.

Aber die deutschen Rechtsquellen enthalten bereits in alter Zeit zahlreiche Verbote; Sachsensp. II. 51 § 1: Oefen, Gänge (d. h. Kloaken u. Abtritte), Schweinekofen sollen 3 Fuß vom Grenzzaun entfernt sein. — Uebereinstimmend Magdeb. R. v. 1304 art. 139; hier steht für gang „heimelicheit", wodurch der bisweilen bestrittene Sinn von Gang festgestellt wird; ähnlich Prager Rechtsbuch no. 168: „genge, die swacheit haizzent". — Die Heimlichkeit soll 2½ Fuß entfernt sein, Aachener Stadtrechtsbuch c. 16 (Lörsch S. 101); 3½ Fuß entfernt, Brünner Schöffenbuch c. 209; vgl. auch c. 210 und 211. — Ueber Oefen, Westerwolder Landr. 9 § 1 (v. Richthofen S. 269): 3 Fuß entfernt; der Eigenthümer soll keren dat open up syn eygen. — Westphäl. Weisth. § 9 u. 10 (Grimm III. S. 214): heimliches Gemach 9 Fuß entfernt vom Hof oder „Ortstender", u. 3 Fuß von dem freien Erbe; Mist 3 Fuß „von des Nachbarn Erbe", damit das Wasser seinen freien Gang haben kann. — Breslauer Bauordnung von 1377 § 10 (Korn Bresl. Urk. B. S. 252): Abtritt, Schmiedeessen, Backöfen ein und eine halbe Elle entfernt. — Lüb. R. I. 126, II. 205, III. 77, revid. Lüb. R. III. 12 art. 10 (vgl. auch v. Wilmowski S. 41 ff.). — Revid. Hamb. R. II. 20, 13. — Trierer Landr. XXII. § 8 u. 10 (v. d. Nahmer II. S. 680). — Preuß. Landr. I. 8 § 125—127 (Förster III.

sollen so weit abliegen, daß sie dem Nachbarn keinen Schaden bringen[11]. Fehlt es an solchen Bestimmungen, so läßt sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine derartige Beschränkung des Eigenthümers nicht folgern[12].

3. Weniger allgemein verbreitet sind die Bestimmungen, daß der Eigenthümer nicht bis dicht an die Grenze bauen soll[13]. Sie werden durch die Tendenz motivirt, daß die Traufe nicht auf des Nachbars Grundstück münde[14], und andererseits besteht partikularrechtlich auch die Präsumtion, daß das Eigenthum eines Grundbesitzers soweit reicht, als der Tropfenfall von seinen Gebäuden, Zäunen, Hecken u. s. w. stattfindet[15]. Anderwärts gilt die Annahme, daß der Raum zwischen zwei Gebäuden in Rücksicht auf Benutzung oder Eigenthum gemeinschaftlich sei[16].

Alle diese Beschränkungen gelten aber nur vereinzelt; regelmäßig

---

§ 170 N. 21), § 133, Zürich. G. B. § 600, 607, 608. — Baierische Bestimmungen Roth B. § 125 N. 17 ff. — Platner § 10 N. 11 ff. — Zachariä II. § 243. — Ueber Düngergruben Seuffert XXIX. no. 218.

[11]) Sächs. G. B. § 359.

[12]) Seuffert VII. S. 326; mit Unrecht behauptet Maurenbrecher I. § 220 ein gemeines Gewohnheitsrecht.

[13]) Anderthalb Fuß entfernt Grimm III. 214 no. 5; zwei ein halb Fuß IV. S. 530 § 30; 3 Fuß Grimm I. 780 und Westerwolder Landr. VIII. § 9 (v. Richthofen S. 268). — Preuß. Landr. I. 8 § 139, 140, Roth B. § 126 N. 7, Zür. G. B. § 599, Reyscher § 284 N. 6. — Zum Theil wirkte auch jene Solonische Bestimmung in L. 13 D. X. 1 (vgl. N. 10) auf die Gestaltung des neueren Rechts ein, Hannov. Präjudiz v. 1845 (Grefe II. S. 112). — Sehr weite Entfernung dagegen nach Grimm III. 135 § 15, 16.

[14]) Sachsensp. II. 49 § 1; Grimm I. 780: Item da einer neuen bau hett, soll er drei shug von gloch bauen, dass der treufft uf sein gut falle. — Westerw. Ldr. a. a. O. (N. 13): 3 Fuß entfernt, dat de ledder moge staen up syn eigen grunt, ende ock de druppe van den timmer moege vallen up syn eigen grunt. — Vgl. auch Bremer Statt. 1428 II. c. 31, Nassau-Katzenelnb. Ld. O. VI. 3 § 6 (v. d. Nahmer I. S. 314), Sächs. G. B. § 357, Baier. Entw. III. art. 188.

[15]) Kraut § 98 no. 9, 10, Bamb. Stadtr. 332, C. civ. 681, Zachariä II. § 245. — Zahlreiche Bestimmungen über das Traufrecht vgl. z. B. Roth B. II. § 168 S. 327 ff. Vgl. auch Hesse über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn II. S. 176 ff.

[16]) Emminghaus S. 436 no. 6, S. 438 no. 10, Preuß. Landr. I. 8 § 120—22, Roth B. II. § 120 S. 66 ff., Baier. Entw. III. art. 202.

ist der Eigenthümer im Bauen bis an die Grenze unbeschränkt[17]). Auch sind die ältern Bestimmungen für die Städte durch die neueren Baupolizeiordnungen wohl ziemlich überall beseitigt.

4. Ebenso bestimmen auch nur einzelne Partikularrechte, daß Bäume, Weinreben, Hecken, lebendige Zäune u. s. w. in gewisser Entfernung vom Nachbargrundstück zu halten sind[18]), oder daß ein Brunnen nicht unmittelbar an der Grenze gegraben werden soll[19]).

5. Weiter verbieten einzelne Partikularrechte den sog. Reidbau,

---

[17]) Ueber Lübisches Recht v. Wilmowski S. 39 ff.; über Baiern Roth § 126 N. 2; Seuffert V. no. 107 (Kiel).

[18]) Kraut § 98 no. 7—9, Grimm R. A. S. 549, 550. — Grimm Weisth. III. S. 28 a. E., 29, 41 § 15, 16, S. 47 § 59, 60, S. 48 § 75, S. 137 § 19, S. 309 § 17, 19. — Salzb. Taid. S. 70 § 47 (Bäume nicht zu nahe dem Feld des Andern, damit er ime sein traid . . . nit ertrenck). — Brünner Schöffenb. c. 208. — Aachener Stadtr. 17 § 2 (Lörsch S. 101). — Preuß. Landr. I. 8 § 173 f., Zür. G. B. § 583 ff., 592 f., Baier. Entw. III. art. 197. — Mittermaier § 167 N. 13—17, Reyscher II. § 285 N. 5 ff., 10 ff., Roth B. § 125 N. 24 ff., König Bern. Civilgesetze II. S. 110 ff.

Ueber das Hannover'sche Heckenrecht Strube Bed. V. no. 136, Hagemann Landwirthschaftsrecht § 167, Bülow und Hagemann I. no. 34 § 3, Jenaer Urtheil v. 1764 bei Emminghaus S. 441 no. 4.

Nach sächsischem Recht besteht keine derartige Schranke, Emminghaus S. 441 no. 7, Haubold § 191[a] N. d.

Ueber die Frage, wer als Eigenthümer eines Grenzzauns oder einer Brandmauer gelte und sie daher zu unterhalten habe, vgl. die Zusammenstellungen bei Emminghaus S. 435 ff., Bülow und Hagemann I. no. 34, Falck V. S. 191, Baumeister I. S. 138 N. 6, Zachariä II. § 239, Roth B. § 120 S. 55, 64 ff., Dernburg § 215 N. 3. — Sächs. G. B. § 366—68, Zür. G. B. § 609, 10, Baier. Entw. III. 201, 203 ff. — Vgl. auch die Bestimmung des Tiroler Weisthums III. S. 57 Z. 4 ff.: bei Zäunen soll man die Dornen auf dem seinigen haben.

[19]) Preuß. Landr. I. 8 § 131: 3 Fuß von' der Grenze. — Zür. G. B. § 612: der Eigenthümer soll nicht durch Graben auf seinem Boden dem vorhandenen Brunnen eines Andern das nöthige Wasser entziehen; vergl. über weitere schweiz. Cantonalrechte König Bern. Civilgess. II. S. 100 ff. und überdies Reyscher II. § 284. 4. — Sonst ist mir eine derartige Bestimmung nicht bekannt, und auch das Pr. Landr. selbst sagt § 130, daß wenn in weiterer Entfernung ein Brunnen gegraben und dadurch dem Nachbar sein Wasser entzogen wird, dem Eigenthümer nicht gewehrt werden darf. Vgl. unten § 143 N. 55, Erk. des Preuß. O. Trib. bei Hartmann Ztschr. III. S. 621 ff., des Reichsger. II. no. 98. — Vgl. auch L. I. § 12D. XXXIX 3, Brünner Schöffenb. c. 81, Baier. Entw. III. art. 189, Werenberg S. 49 ff., König a. a. O. S. 98 ff.

d. h. einen lediglich chikanösen Bau, welcher dem Eigenthümer keinen Vortheil gewährt und dem Nachbarn Verdruß bereiten soll[20]).

6. Vereinzelte Bestimmungen beschränken den Eigenthümer mit Rücksicht auf die individuelle Beschaffenheit des Nachbargrundstücks oder das Gewerbe des Nachbars. Nach römischem Recht (c. 14. C. III. 34) soll Niemand ein Gebäude aufführen, welches der Tenne des Nachbars den erforderlichen Wind entzieht[20a]). Die Praxis hat diese Vorschrift bisweilen extensiv dahin ausgedehnt, daß der Eigenthümer keine Bäume pflanzen oder Bauten vornehmen soll, durch welche er der benachbarten Windmühle den Windzug behindere[21]).

7. Wünschenswerth sind Vorschriften, daß der Grundeigenthümer keine Fabriken aufführen und kein Gewerbe betreiben soll, wodurch den Nachbarn das Wohnen auf ihrem Grundstück unerträglich oder durch Zuführung von Rauch, Dämpfen u. s. w. oder durch Erschütterung ihres Gebäudes ein besonderer Schaden zugefügt wird. Im römischen Recht fehlt es an für die Gegenwart ausreichenden Vorschriften[22]).

Partikularrechte haben einzelne, besonders lärmende und den Boden erschütternde Gewerbe als „unleidlich" bezeichnet[23]); doch ge-

[20]) Revid. Lüb. R. III. 12 c. 7. — Baumeister I. § 21 N. 17, 18. — Roth B. § 126 N. 5 (Kraut § 98 no. 27).

[20a]) Daß diese Bestimmung in Kurhessen nicht mehr gilt, Erk. des Reichsger. bei Seuffert XXXVI. no. 107.

[21]) Bülow u. Hagemann IV. no. 2 schreibt ein solches Verbietungsrecht den Eigenthümern von Mühlen zu, welche mit obrigkeitlicher Erlaubniß zum allgemeinen Gewerbe gebaut sind. — Pr. Landr. II. 15 § 247: „Auch ist Niemand berechtigt, einer Windmühle durch Anpflanzung hoher Bäume da, wo dergleichen vorher nicht gewesen sind, den nöthigen Wind zu benehmen." Diese Vorschrift, welche nicht von den Bäumen auf Gebäude ausdehnend interpretirt werden darf (Dernburg § 221. 4), ist mit Bezug auf künftig anzulegende Mühlen durch die VO. v. 18. Nov. 1819 aufgehoben (Förster III. § 170 N. 54). — Ueber die schwankende Hannoversche Praxis Seuffert XVI. no. 98.

Umgekehrt können nach der deutschen Gewerbe-O. 1869 § 28 die höhern Verwaltungsbehörden Normen aufstellen, wie weit die durch Wind bewegten Triebwerke vom Nachbargrundstück entfernt zu halten sind.

[22]) Hesse über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn II. S. 54 ff., Windscheid § 169 N. 7, 20, Spangenberg in Hagemann's Erörter. VIII. 2 no. 8 S. 65—74, Werenberg S. 51 ff., 62, v. Ihering Jahrbb. VI. S. 121 ff., König Bern. Civilgess. S. 112 ff.

[23]) Sächs. Weichb. 122 (v. Daniels u. Gruben S. 167): der Schmidt,

nügen auch diese Bestimmungen meistens nicht für die heutigen Bedürfnisse. Obgleich die große Anzahl von industriellen Etablissements die Frage nach der rechtlichen Stellung der Nachbarn zu ihnen nahe gelegt hat, fehlt es doch zur Zeit noch an einer festen und ausgebildeten Praxis[24]).

In neuester Zeit hatten die Gewerbeordnungen dadurch zu helfen gesucht, daß sie für gewisse Anlagen, welche mit Gefahren verbunden sind oder zu einer außerordentlichen Belästigung der Nachbarn führen können, polizeiliche Konzession erfordern[25]). Doch bestimmt die

welcher ein Haus kauft, kann eine Esse bauen, jedoch so, daß er sie befestet und bewahrt, damit kein Schade geschieht; übergegangen in das Stadtrecht von Verden a. 98 (Pufendorf I. S. 109). — Glosse z. sächs. Weichb. a. a. O.: der Bäcker, welcher ein Haus kauft, soll einen Ofen nur mit städtischer Genehmigung anlegen. — Eine ganze Reihe „unleidlicher" Gewerbe nennt Revid. Lüb. R. III. 12 art. 11, 12 (für Pommern aufgehoben, v. Wilmowski S. 49). Diese und die entsprechenden Bestimmungen des Rostocker Stadtrechts (III. 12 art. 14, 16) sind durch Reichsgesetz v. 4. Nov. 1874 aufgehoben. — Das Hamburger Recht (Baumeister I. § 21 IV) dagegen hat den gemeinrechtlichen Standpunkt, wonach nicht Staub oder Rauch in ungewöhnlicher Menge zugeführt werden darf, aber Feuergefährlichkeit, Lärm, übler Geruch dem Nachbarn kein Verbietungsrecht giebt. — Die Bestimmungen des Preuß. Landrechts I. 8 § 26—28 sind unzureichend, Förster § 169 N. 12. — Das Zür. G. B. § 617—620 giebt dem Nachbarn eine Einsprache, wenn die Benutzung des Grundstücks der Gesundheit von Menschen oder Vieh schädlich ist, aber nicht, wenn sie die Augen, Ohren oder Nase unangenehm affizirt, außer falls es im Uebermaß oder chikanös geschieht. Auch kann der Eigenthümer eines landwirthschaftlichen Grundstücks protestiren, wenn ihm durch die Anlage (Dämpfe einer chemischen Fabrik) ein erheblicher landwirthschaftlicher Schade erwächst. — Ueber baier. Statutarrechte Roth B. § 125 N. 9. — Das sächs. G. B. § 358 untersagt bestimmte Immissionen, aber nicht einzelne Gewerbe. — Ueber die Anlage von Dampfmaschinen Haubold § 200 Anm. 2.

[24]) Z. B. Seuffert III. no. 7, VIII. no. 346, IX. no. 218, XI. no. 14, 114, XII. no. 123, XV. no. 2, XXI. no. 208, XXVII. 232, XXX. 4, XXXI. 116, 312, XXXII. 18—20, XXXIII. 5, XXXIV. 181, 182. Die Praxis nimmt an, daß wenn im römischen Recht die Einführung von festen, flüssigen oder gasartigen Stoffen auf das Nachbargrundstück verboten werde, dies nur Beispiele seien, welche den allgemeinen Grundsatz veranschaulichten, daß dem Nachbargrundstück kein Schade zugefügt werden dürfe. Insbesondere seien Anlagen unzuläßig, welche dasselbe in erheblichem Grade erschütterten, Seuffert XXVII. no. 208; vgl. auch Entsch. d. RchsG. VI no. 61.

[25]) Besonders die allg. deutsche Gew.-O. v. 1869 § 16, 24 vgl. mit § 51, 52.

deutsche Gewerbeordnung § 26, daß wenn die Anstalt mit obrigkeitlicher Genehmigung errichtet ist, die gegen den betreffenden Gewerbetreibenden nach Partikularrecht etwa zuständige Klage nicht auf Einstellung des Betriebs (nicht die actio negatoria), sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche die benachtheiligende Wirkung ausschließen, eventuell auf Schadloshaltung gehen darf[26]).

Dritter Abschnitt. Beschränkung des Grundeigenthümers in der Veräußerung.

§ 87. Einleitung. Geschichte des Beispruchsrechts.

Während das römische Recht dem Eigenthümer für Grundstücke dieselbe Verkehrsfreiheit gewährt, wie für Mobilien, enthält das deutsche Recht zahlreiche Beschränkungen für die Veräußernng und den Erwerb von Grundstücken. Wenn auch die neuere Zeit einen freieren Standpunkt einnimmt, so haben sich doch Reste des ältern Rechts erhalten und kann überdies die Unveräußerlichkeit für ein Grundstück durch eine besondere Disposition (Familienfideikommiß) angeordnet werden.

Wir sehen hier zunächst ab von den für bestimmte Güterarten eingeführten Grundsätzen, weil sie im Zusammenhange mit den für diese Güter überhaupt geltenden Rechtssätzen darzustellen sind (Lehen, Familienfideikommisse, Stammgüter, Bauergüter), und ferner von den für dritte Personen bestellten vertragsmäßigen Vorkaufsrechten. Wir behandeln hier nur die auf Sätzen des objektiven Rechts beruhenden Beschränkungen; da dieselben aber großentheils nicht bloß für die zu Eigenthum besessenen, sondern auch für andere Güter gelten, wird die Darstellung einen allgemeineren Charakter erhalten, woher später auf sie gelegentlich zu verweisen ist. Außer Betracht bleiben die bereits auf römischem Recht beruhenden[1]), zum Theil

---

[26]) Vgl. besonders Mandry der civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze. 2. Aufl. 1882. S. 359 ff. Seuffert XXIX. no. 165, XXXIV. no. 95. — Wenn es sich um in der Gewerbeordnung nicht genannte Anlagen handelt, ist die partikularrechtlich zuständige Klage in ihrem gesetzlichen Umfange zulässig, Seuffert XXVI. no. 12 (Berlin).

[1]) Windscheid § 172[a], besonders auch das Verbot der Veräußerung von res litigiosae.

auch in den Partikularrechten wiedergegebenen Beschränkungen[2]). Wir handeln zunächst von der Beschränkung, welche auf dem Familienverbande beruht, von dem sog. Beispruchsrecht der nächsten Erben[3]).

I. In ältester Zeit war sicherlich der Verkehr mit Immobilien nur sehr gering. Als sich aber die Veräußerungen mehrten, insbesondere zahlreiche Schenkungen an die Kirche erfolgten, und da-

---

[2]) Vgl. z. B. Schmidt Vorlesungen § 51.

[3]) Literatur über die Geschichte des Beispruchsrechts der Erben:

Eichhorn deutsche Rechtsgesch. I. § 57 (S. 327—339). — v. Sydow Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels 1828. S. 179 ff. — Beseler Erbverträge I. 1835 S. 48—68 (nur über die Volksrechte). — Pauli Darstellung des Rechts der Erbgüter nach älterem Lüb. Rechte (1. Theil seiner Abhandlungen aus dem Lübischen Rechte) 1837. — Gerber meditationes ad locum Speculi juris Saxonici I. 52. Erlang. 1847. 4°. — Sandhaas germanistische Abhandlungen 1852. S. 163—206 (nur Volksrechte). — Siegel das deutsche Erbrecht nach den Rechtsquellen des Mittelalters 1853. S. 87 ff., 111 ff., 117 ff. (späteres Mittelalter). — Walter deutsche Rechtsgeschichte. 2. Ausg. 1857. II. § 469—476. — Zimmerle das deutsche Stammgutssystem nach seinem Ursprunge und seinem Verlaufe. Tüb. 1857. — Thudichum die Gau- und Markenverfassung. 1860. S. 192 ff. — Lewis de origine facultatis heredibus in jure Germanico concessae prohibendi alienationes rerum immobilium. Berol. 1862; die Succession des Erben in die Obligationen des Erblassers nach deutschem Recht. 1864. S. 7 ff. (dazu die Kritik von A. Pernice in d. krit. Viertelj.-Schrift IX. S. 70 ff.). — Hasenöhrl österr. Landesrecht im 13. und 14. Jahrh. 1867. S. 135—144. — Schröder zur Geschichte des Warterechts der Erben, 1870, in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. IX. S. 410—421. — Heusler Gewere 1872, S. 43 ff. (über Volksrechte). — v. Brünneck die Reluitionsklagen aus Veräußerungs-Beschränkungen um Grundstücke und Mobilien nach den Isländischen Rechtsquellen und dem älteren und neueren Norwegischen Gulathingsgesetz. Königsb. 1873. — v. Amira Erbenfolge und Verwandtschaftsgliederung nach den alt-niederdeutschen Rechten. München 1874. S. 105 ff. (über angelsächs. Recht) vgl. auch S. 212. — E. Löning Geschichte des deutschen Kirchenrechts. II. 1878. S. 681—686. — Fipper das Beispruchsrecht nach altsächsischem Recht. Breslau 1879 (in Gierke's Untersuchungen zur D. Staats- u. Rechtsgesch. Heft 3). — Schilling die lehn- und erbrechtlichen Satzungen des Waldemar-Erich'schen Rechts. Mitau (1879) S. 194 ff., 255 ff., 344 ff. — Bewer Sala, Traditio, Vestitura. Rost. 1880. S. 18 ff.

Ueber die Literärgeschichte referirt Zimmerle S. 91 ff. — Zahlreiche Quellenstellen auch bei Hüllmann Geschichte der Stände. 1830. S. 220—223, v. Fürth Ministerialen. 1836. S. 372—375, Zimmerle S. 124 ff., Kraut § 70.

durch die ökonomische Lage der Familien bedroht wurde, welche lediglich durch den Besitz von Grundstücken sicher gestellt erschien, entwickelte sich bei den verschiedenen Stämmen zu verschiedener Zeit und in verschiedenem Umfange die Rechtsauffassung, daß der veräußernde Grundeigenthümer die Genehmigung seiner Verwandten, besonders derer, welche zur Zeit der Veräußerung seine nächsten Erben wären, einzuholen habe und daß diese nächsten Verwandten die Veräußerung, wenn sie ohne ihre Befragung oder gegen ihren Willen erfolgt wäre, zu ihrem Vortheil widerrufen dürften (Warterecht, Beispruchsrecht der nächsten Erben)[4]. Diese Veräußerungsbeschränkung läßt sich nicht als bloße Folgerung aus einem andern Rechtsinstitut herleiten[5], sondern hat zu ihrem Grunde lediglich das Interesse der Familie, da der Grundbesitz ihre ökonomische Stellung sichert und die politischen Rechte mannigfach bedingt[6]. Als hauptsächlicher Gegner des Beispruchsrechts erscheint der Klerus, welcher

---

[4]) Während in der früheren Literatur das Beispruchsrecht bereits dem ältesten Recht zugeschrieben wurde, hat Beseler es für die Zeit der Volksrechte geleugnet; es sei erst später allgemein durch die Sitte eingeführt; wogegen Sandhaas zwischen den verschiedenen Stammesrechten unterscheidet. Auch wenn man nicht allen Behauptungen von Sandhaas beitreten kann, ist doch sein allgemeiner Standpunkt richtig und auch von der spätern Literatur eingenommen worden.

[5]) Dies hat man früher vielfach versucht. Besonders verbreitet war die Annahme eines Gesammteigenthums der Familie am Grundbesitz; vgl. die Nachweise bei Zimmerle S. 91 ff. — Aber wenn ein solches Gesammteigenthum in der That bei den Slaven bestanden hat (vgl. z. B. v. Richthofen über die singulären Erbrechte an schles. Rittergütern. 1844 S. 7 ff.), so ist es doch für das deutsche Recht nicht nachweisbar. — Neuerdings nimmt v. Amira S. 57 f., 61, 71, 108 f., 135 f., 181 ff., 196 f., 199, 200 f., 211 ff. eine vermögensrechtliche Gemeinschaft zwischen Eltern und Kindern an. Am ehesten läßt sich dies, wie es scheint, für das friesische Recht behaupten; vgl. auch Schröder ehel. Güterrecht II. 3. S. 413 ff. Dasselbe vertheidigt für das alemannische Recht auch v. Wyß in d. Ztschr. f. schweiz. R. XIX. 1. S. 70. Vgl. dagegen Gierke in d. Ztschr. f. R. G. XII. S. 478 ff., Fipper S. 93 ff.

Andere leiten das Beispruchsrecht aus der Pflicht der Familie her, für die Deliktsschulden ihrer Mitglieder zu haften (v. Sybow S. 181 und Duncker Gesammteigenthum S. 120 f.), noch Andere (unter Bezugnahme auf L. Angl. et W. [Merkel] I. 6) aus der Pflicht zur Blutrache (Eichhorn Rechtsg. § 57 N. 1).

[6]) Sandhaas S. 201 ff., Fipper S. 99 ff.

für Schenkungen an die Kirche eine Ausnahmebestimmung herbeizuführen bestrebt ist.

1. Unter allen Volksrechten wird das Beispruchsrecht der nächsten Erben von der Lex Saxonum (c. 62, 64) am bestimmtesten anerkannt: der Eigenthümer darf Grundstücke zum Nachtheil der nächsten Erben (ut heredem suum exheredem faciat) nur an den König und an die Kirche veräußern. Will er im Falle der echten Noth (famis necessitate coactus) sein Grundstück veräußern, so soll er es seinem nächsten Verwandten zum Kauf anbieten und darf es nur, wenn dieser es nicht kaufen will, einem dritten verkaufen. Im übrigen — so dürfen wir den urkundlichen Nachrichten gemäß annehmen — bedarf es der Zustimmung der nächsten Erben zu jeder Veräußerung[7]).

2. Eine Beschränkung, aber nicht zu Gunsten aller nächsten Erben, sondern nur der Descendenz kennt auch das Burgunderrecht: der Vater darf über seinen Grundbesitz, besonders über das Stammland, die sors, den Antheil, welcher dem einzelnen Burgunder bei der Landtheilung zugefallen war, nur dann frei verfügen, wenn er mit seinen Kindern abgetheilt hat; eine früher erfolgte Veräußerung darf der Sohn widerrufen[8]).

---

[7]) Fipper S. 5 f. L. Sax. 62: nulli liceat traditionem hereditatis suae facere praeter ad ecclesiam vel regi, ut heredem suum exheredem faciat, nisi forte famis necessitate coactus, ut ab illo, qui hoc acceperit, sustentetur; c. 64: .... si hereditatem suam necessitate coactus vendere voluerit, offerat eam .. proximo suo. si ille emere noluerit, ... vendet eam cuicumque libuerit.

Wenn auch nicht, wie Beseler I. S. 58 meint, ein späterer Zusatz, ist doch die Bestimmung zu Gunsten des Königs und der Kirche auf fränkischen Einfluß zurückzuführen, während das altsächsische Volksrecht die Berücksichtigung der Familie wohl ganz allgemein vorschrieb. Ueber diese beiden Ausnahmen vgl. v. Richthofen Mon. LL. V. p. 79 N. 55, 56, Fipper S. 60 ff. — Uebrigens hat diese Begünstigung der Kirche keinen langen Bestand gehabt, Fipper S. 64 ff.

Lewis Succession S. 17 meint, daß, weil das angelsächs. Recht die Beschränkung der Erben nicht kenne, sie auch nicht sächs. Stammesrecht, sondern aus politischen Gründen von Karl d. Gr. hinzugefügt sei. Vgl. dagegen mit Recht Pernice S. 70 f. und Fipper S. 10.

Zur Interpretation von cap. 64 vgl. Zimmerle S. 39 ff. und mit Rücksicht auf seinen übrigen Inhalt v. Richthofen zur Lex Saxonum S. 106 ff. und die Abhandlung von Fipper.

[8]) L. Burgund. I., XXIV. § 5, LI § 1, LXXXIV § 1; die chronologische

3. Aehnlich soll nach dem Baiernrecht (L. Baiw. I. 1.), wer Grundbesitz an die Kirche verschenken will[9]), zunächst mit seinen Söhnen abtheilen. Wer keine Söhne hat, darf frei verfügen; denn ein Beispruchsrecht der Collateralen existirte nicht[10]). Wer aber Söhne hatte, mußte mit ihnen entweder abtheilen, oder ihren Consens beibringen[11]). War eine solche Abtheilung nicht erfolgt, so konnten die Söhne ihren Theil von dem Beschenkten zurückfordern[12]).

4. Das Ribuarenrecht hat keine direkte Bestimmung über das Beispruchsrecht der nächsten Verwandten; es verordnet nur, daß der Kinderlose frei über sein Vermögen verfügen darf[13]). Ebenso wenig wird es in der Lex Salica[14]) oder in fränkischen Urkunden[15]) bezeugt.

Aufeinanderfolge dieser Vorschriften abweichenden Inhalts ist schwer festzustellen. Meine (Gesch. d. Rechtsquellen I. S. 105 N. 23 und in Bekker's Jahrb. V. S. 302) darüber geäußerten Ansichten sind nach den spätern Mittheilungen Bluhme's (in d. Ausg. der Lex Burgundionum p. 499 N. 28, p. 543 N. 61, 554 N. 25) zu modificiren. — Ueber den Inhalt jener Bestimmungen vgl. Gaupp Ansiedlungen S. 351 ff., Zimmerle S. 59 ff., Lewis S. 13 f., Pernice S. 97 f.

[9]) Ob dies auch für Veräußerungen an andere Personen gilt, bleibt zweifelhaft; entschieden verneint es Lewis S. 15. — Auch im übrigen gehen die Ansichten über das Baiernrecht auseinander, Zimmerle S. 51 ff., Merkel in d. Ztschr. f. Rechtsg. II. S. 138 ff., Lewis S. 15, Pernice S. 73.

[10]) Merkel S. 141 N. 109, S. 143 N. 118; Meichelbeck hist. Frising. I. no. 117, 204, 247, 290, 293, 306, 325.

[11]) Urkunden, in welchen besonders hervorgehoben wird, daß der Veräußerer mit seinen Kindern abgetheilt hat, Merkel S. 141 N. 110 und Meichelbeck no. 7, 49, 202, 330, 359 vgl. auch no. 289. — Bisweilen wird darauf Rücksicht genommen, daß Kinder noch geboren werden könnten, und ihnen ein Erbtheil reservirt; z. B. Meichelbeck no. 12: eine Mutter und ihre beiden Söhne schenken ihr Vermögen an eine Kirche; in Betreff des einen Sohns heißt es: et si ei nati fuerint filii, accipient portionem suam, quantum eis contigerit. no. 18: Jemand tradirt ein Drittel seines Vermögens an eine Kirche; sollte ihm ein Sohn geboren werden, habeat potestatem duas partes; wenn aber ein solcher Sohn ad vitam non venit aut si transierit, soll sein Gut an die Kirche fallen; no. 115: ipsa traditio . . . . firmata fuit, ea vero ratione, ut si ipse filium procrearet, portionem suam in ipsa loca accipere deberet; vgl. auch no. 116.

[12]) Kleinmayrn Juvavia S. 45, Meichelbeck I. no. 113, no. 260.

[13]) L. Rib. 48, 49. — Zimmerle S. 48 ff., v. Amira S. 53 ff., 57 f.

[14]) Waitz Verf. G. (2. Ausg.) II. S. 222 N. 2, Löning II. S. 682 f. — Ueber Cap. a. 817 c. 6 (Mon. LL. I. p. 211) vgl. zuletzt Heusler Gewere S. 470 ff., 482 ff., Löning II. S. 754 f., Brunner Urkunde 1880. S. 277 ff.

[15]) Beyer mittelrh. Urk. B. I. no. 374 a. 1074: Ein Graf und seine

Auch die fränkischen Könige haben es in ihren Reichsgesetzen nicht eingeführt; wenn es auch im Interesse der Familie lag, dasselbe zu erringen, um den Veräußerungen an die Kirchen zu begegnen, so haben die Könige wohl übermäßige Schenkungen für das Seelenheil zu verhindern gesucht, aber nicht auf dem Wege, daß sie die Gültigkeit der Veräußerung von der Genehmigung der Familie abhängig machten[16].

5. Nach langobardischem Recht sollte der Vater, welcher Söhne hat, nur über einen Kindestheil zu verfügen befugt sein[16a]. Im übrigen war die Zuziehung der Verwandten zu Veräußerungen nicht geboten, aber es galt als verwerflich und als Grund zur Feindschaft, wenn der Eigenthümer einem Andern, als dem nächsten Verwandten sein Vermögen vermachte[17].

Die übrigen Volksrechte enthalten keine unzweideutigen Beschränkungen[18].

II. War somit, wenn wir von dem sächsischen Recht absehen, in älterer Zeit das Beispruchsrecht entweder gar nicht anerkannt,

---

Gemahlin stiften ein Kloster postposita heredum et amicorum suorum dilatata propagine. — Wenn auch der Consens der Verwandten bei Veräußerungen oft, besonders seit dem 10. u. 11. Jahrh. erwähnt wird, so ergiebt sich doch in dieser Zeit kein festes Recht derselben. — Die Spuren, welche Amira S. 52 f., 55 ff. für das salische Recht beizubringen sucht, sind zu unsicher, um ein Warterecht anzunehmen. Vgl. auch N. 19.

16) Ueber die fränkischen Königsgesetze Zimmerle S. 76 ff., Lewis S. 18 ff.

16a) Brunner in d. Mitteil. des Instituts für österr. Geschichtsforschung II. S. 10 ff.

17) Ed. Rothari 360: .... si .. res suas alii thingavit, ipse non potest esse sacramentales, quamvis proximus sit, eo quod inimicus aut extraneus invenitur esse. — Zimmerle S. 65 ff., Lewis S. 10 f.

18) L. Angl. et Werin. c. 54: Libero homini liceat hereditatem suam, cui voluerit, tradere. v. Richthofen (Mon. LL. V. p. 138 ff.) stellt die verschiedenen Interpretationen über diese Bestimmung zusammen und nimmt selbst an, daß in Thüringen das Warterecht gegolten habe. — Das Westgotische Recht kennt das Warterecht nicht. — Nach L. Alam. I. § 12 sind Schenkungen an die Kirche frei; über andere Veräußerungen wird nichts gesagt, doch läßt sich vermuthen, daß hier Beschränkungen galten; vgl. auch form. Salomonis (Dümmler no. 14). Heusler S. 45, Wyß in d. Ztschr. f. schweiz. R. XIX. 1. S. 70 f., Löning II. S. 684 N. 1 machen darauf aufmerksam, daß nach alamannischen Urkunden Veräußerungen von dem erfolgen, was der Vater nach Abtheilung mit seinen Söhnen behalten hat.

oder bestand es nur zu Gunsten der Kinder, so gelangte es später zu allgemeinerer Geltung und entwickelte sich auch in andern Gegenden und zwar nicht bloß zu Gunsten der Kinder, sondern überhaupt der zur Zeit der Veräußerung nächsten Erben. Eine allgemeine Ausnahme trat aber dann ein, wenn der Veräußerer durch die Noth (echte Noth) gezwungen zur Veräußerung schritt. Dagegen fielen die zu Gunsten der Kirche gemachten Einschränkungen des Beispruchsrechts in späterer Zeit fort.

Doch fehlte viel daran, daß das Wartercht in ganz Deutschland zur Geltung gekommen wäre[19]). Auch da, wo es im Landrecht feste Wurzeln schlug[20]), suchten sich manche Städte von ihm frei zu machen, sei es daß sie es überhaupt nicht anerkannten, sei es daß sie es früh beseitigten[21]). Auch gilt nach manchen Rechten der alte baierisch-burgundische Grundsatz, daß wenn der Eigenthümer mit seinen nächsten Verwandten abgetheilt hat, das Beispruchsrecht beseitigt ist[22]).

---

[19]) Schröder Zeitschr. f. R. G. IX. S. 412, 413 N. 16, 416 sagt, daß dies Recht der nächsten Erben erst im 12. Jahrh. in den salfränkischen Gegenden sich finde und sucht auszuführen, daß „wenn man den zwischen salisches und westfälisches Gebiet eingekeilten Niederrhein und das im Nordwesten, Norden und Nordosten von Sachsen, resp. Thüringen umgrenzte Hessenland ausnimmt, im übrigen für das ganze weite Gebiet des fränkischen Rechts bis zum 15. Jahrh. die völlige Unbekanntschaft mit dem Einspruchsrecht der Erben feststeht". — Ueber die geographische Verbreitung Schröder ehel. Güterrecht II. 2. S. 31 ff., vgl. auch S. 13 ff. und II. 1. S. 127 ff., II. 3. S. 79 N. 52: keine derartige Erbberechtigung besteht z. B. in Frankfurt, Bamberg, Nürnberg, Aschaffenburg u. s. w. (vgl. auch N. 21). — Ueber Oesterreich vgl. Hasenöhrl a. a. O. S. 136 ff., 139 ff., Luschin Entstehungszeit des österr. Landesrechts. 1872. 4°. S. 42, 44.

[20]) Sachsensp. I. 52. § 1, kleines Kaiserr. II. 103 (Kraut no. 8 u. 11).

[21]) Es galt nicht (vgl. auch N. 19) in Wien, Brünn (Schöffenb. c. 363), München (Schröder II. 2. S. 31), Augsburg (späterer Zusatz bei Meyer S. 150 letzter Absatz), Iglau (Tomaschek c. 10. S. 212), Prag (Rechtsbuch c. 105, 111; vgl. auch Rößler p. LXVII), Deutschbrod (Gengler C. jur. munic. p. 747 c. 55), Bodenwerder (Gengler Stadtrechte S. 28 f.), Berlin (Lewis S. 66 f.), Schweidnitz (Gengler S. 424) und andern schlesischen Städten (Lewis S. 69 N.), Burgdorf (art. 51 des Stadtr. v. 1316, Gaupp Stadtrechte II. S. 124), Gent (Kraut no. 38). — In der Propstei Naumburg wird es im Jahre 1307 aufgehoben (Zimmerle S. 192 N. 35).

[22]) Quedlinburger Stadtr. § 5 (Homeyer Stadtbücher S. 51), Augsb.

1. Während zur Zeit der Volksrechte wesentlich nur das Interesse der Kinder gewahrt war, gilt jetzt der Satz, daß der zur Zeit der Veräußerung nächste Erbe zuzuziehen ist und er die Uebertragung widerrufen darf, wenn sein Warterecht nicht berücksichtigt wurde[23]). Aber auch nur der nächste Erbe hat dies Recht[24]); giebt er seine Einwilligung, so darf nicht etwa der dann nächstfolgende die Veräußerung verhindern[25]).

Indessen trat in sofern eine Modifikation ein, als nach manchen Rechten bei Veräußerungen, welche den Besitz nicht sofort auf den Erwerber übertragen, es darauf ankommt, daß die zur Zeit des

---

Stadtr. c. 73 § 3 (Meyer S. 142), Soester und Bremer Recht bei Lewis S. 57 f., Hammerbröker Recht (Hübbe S. 108 c. 89). — Vgl. auch Engelberger Hofrodel bei Grimm Weisth. I. S. 3.

Auch fällt nach einigen Rechten das Widerspruchsrecht der Geschwister fort, wenn sie das gemeinsame Gut „mit Verzicht" getheilt haben; Hasenöhrl S. 142, Wiener Stadtr. (Schuster) art. 83, 87, Steierm. Landr. art. 165. — Baier. Urk. v. J. 1146 (Mon. Boica XXIX[a] p. 293): zwei Geschwister veräußern ein Gut an ein Kloster; sie haben das Gut von ihrer Mutter in der Weise geerbt, ut quaelibet inde faciendi liberrimam habuerint potestatem . Diviserat enim prefata mulier (ihre Mutter) cum fratre suo . . . . hereditatem. Vgl. auch N. 23.

[23]) Pauli I. S. 135 ff., Siegel S. 95 ff., Zimmerle S. 173 ff. — Partikularrechtlich werden auch jetzt nur die Kinder berücksichtigt oder wird das Warterecht auf bestimmte Klassen von Verwandten eingeschränkt. Schlesisches Landr. c. 77 (Gaupp S. 152): Hette abir eyn man nicht ehliche kinder und hette geswisterede adir andir moge und mogynne, mit den her gesundirt unde geteilet were, dy mogen jm nicht geweren syn erbe noch syn gut czu vorgebin. — Bloß die Kinder sind berechtigt nach der Wormser Urk. v. J. 1268 (Arnold Eigentum S. 333). — Für das ältere Recht meint Fipper S. 20 ff. aus den Urkunden den Schluß ziehen zu dürfen, daß das Einspruchsrecht nicht über die dritte Parentel hinausging.

[24]) Schilling Waldemar-Erich'sches Recht S. 195 f., Fipper S. 12 ff. Daß man bei Veräußerungen faktisch oft auch entferntere Verwandte zuzog (vgl. v. Sybow S. 198 ff.), ist kein Gegengrund; man wollte dadurch nur feststellen, daß die Veräußerung durch das Interesse der Familie gerechtfertigt sei.

[25]) Gosl. Statuten S. 28 Z. 28 ff.: Let en ervegut . . . dat sin neyste erve vulbordet, de an der sibbe vernere is, de mach dat nicht weder spreken: is aver der erven twene oder dre oder mer de to dem erve like sibbe sin, de ne wilkören dat alle, so ne mach he des nicht laten. — Amira S. 134 glaubt, daß in obigem Fall der nächstfolgende Erbe das Einspruchsrecht gehabt habe.

Besitzüberganges nächsten Erben ihre Zustimmung ertheilt haben[26]).

Für solche Fälle ist es denn auch möglich, daß nachgeborne Erben, d. h. Erben, welche zur Zeit der Veräußerung noch nicht geboren waren, den Widerspruch dann geltend machen, wenn dieselbe zur thatsächlichen Ausführung gelangt[27]).

2. Wer seine Einwilligung nicht ertheilt hat, darf die Veräußerung binnen Jahr und Tag widerrufen. Die Einwilligung kann ausdrücklich oder stillschweigend ertheilt sein. Ein stillschweigender Consens ist darin zu finden, daß die widerspruchsberechtigte Person bei der Veräußerung zugegen war und nicht widersprach (§ 74 N. 6). Eine ausdrückliche Bewilligung kann bei dem Uebertragungsakt selbst oder neben demselben erfolgen. Ersteres tritt besonders dann hervor, wenn die beispruchsberechtigten Erben sich an der Auflassung (zu gesammter Hand) betheiligen[27a]). Auch gab man den zustimmenden Verwandten „Verzichtpfennige“, eine kleine Gabe, welche es so erscheinen lassen soll, als ob ihnen vom Veräußerer ihr Warterecht abgekauft sei[27b]).

---

[26]) Hamb. Stadtr. v. 1292. E. 25 (v. 1497. K. 8): Welck man edder vrowe ghuet vorgheven wil . . ., na synem dode to ghevende, unde volbordet dat deghone, de syn negheste erve is . . ., dat schal stede bliven. Storve aver deghone, de dat volbordede eer deme anderen, de de ghove ghift, so schal dat machtlos wesen. — In Betreff der Ursale vgl. v. Martitz ehel. Güterrecht S. 185, in Betreff der Leibzucht S. 197 f. — Es macht sich hier der oben § 74. 3. erwähnte Gegensatz geltend, daß nach einigen Rechtsquellen die Frist für die rechte Gewere von dem Moment des Besitzüberganges, nach andern vom Moment der Auflassung an zu laufen beginnt.

[27]) Sachsensp. I. 21. § 2 sagt, daß die vom Mann seiner Frau bestellte Leibzucht ihr von nachgebornen Erben nicht gebrochen werde; vgl. auch III. 75. § 1, 2. Er bezeichnet dies als ein jus singulare für die Leibzucht. In andern Fällen können also nachgeborne Erben das Rechtsgeschäft anfechten (anderer Meinung Zimmerle S. 205), und es ist wohl allgemein anzunehmen, daß wenn dem Veräußerer binnen Jahr und Tag ein Kind geboren wird, dasselbe binnen Jahr und Tag nach erreichter Mündigkeit die Veräußerung widerrufen darf. — Eine Anfechtung durch ein nachgebornes Kind vgl. bei Schröder ehel. Güterr. II. 1. S 135, vgl. auch Urkunden bei Schröder II. 3. S. 420 (Zusatz zu S. 376).

[27a]) Vgl. z. B. die Urkunde des 12. Jahrh. bei Schröder Urkk. no. 76 (1. Aufl.): es wird den Verwandten das Gut in fide sua übertragen und sie lassen es mit dem Veräußerer zusammen auf.

[27b]) Schröder Urkk. (2. Aufl.) no. 98 und die Urkunden hier unten N. 32.

Ist der nächste Erbe unmündig, so darf er die Veräußerung binnen Jahr und Tag nach erreichter Mündigkeit anfechten; eine von einem Unmündigen abgegebene Zustimmungserklärung ist ungültig und darf vom mündig gewordenen widerrufen werden[28]). Doch kann nach manchen Rechten der Vormund für den unmündigen verzichten[29]) oder soll er binnen Jahr und Tag die Veräußerung widerrufen[30]). Der Erwerber suchte sich gegen die Gefahr einer spätern Anfechtung auch durch besondere Verträge, besonders durch Bürgschaften dritter Personen zu sichern, welche versprachen, daß der Erbe nach erreichter Mündigkeit genehmigen oder nicht anfechten werde[31]).

Dem unmündigen Erben steht im allgemeinen ein puer in utero zur Zeit der Veräußerung gleich; er hat nach erreichter Mündigkeit das Anfechtungsrecht, denn nasciturus pro jam nato habetur[32]).

— Die Ehefrau, welche Verzicht leistet, wird bedacht quibusdam chlenodiis, Urk. des 13. Jahrh. bei Schröder ehel. Güterr. II. 1. S. 118. Die Hausfrau, die Kinder erster und zweiter Ehe des Veräußerers erhalten litkauf, ebendaselbst S. 116.

[28]) Vgl. oben § 74 N. 7. — In dem Saarbrücker Landr. (bei Schröder II. 2. S. 36) wird der Consens siebenjähriger Kinder als gültig behandelt.

Nach Sachsensp. I. 21. § 1 gilt für eine vom Mann seiner Frau bestellte Leibzucht die Ausnahme, daß hier der Consens unmündiger Kinder bindend sein soll, — ohne Zweifel, weil die Leibzucht das Recht des Erben nur für eine beschränkte Zeit schmälert; dagegen dürfen nach dem Sächs. Lehnr. 31 § 1 die während ihrer Unmündigkeit konsentirenden Kinder das an einem Lehen bestellte Leibzuchtsrecht brechen. Vgl. v. Martitz S. 197, 204.

[29]) Nach dem Recht von Lübeck u. Hamburg, Pauli Abhh. I. S. 166 ff. — Kraut § 70 No. 15, 28, Schwäb. Weisth. bei Grimm V. S. 232 § 61, Urk. v. 1235 bei Schöpflin Alsatia dipl. no. 478, Hessische Urk. v. 1279 bei Baur no. 229.

[30]) Steierm. Ldr. art. 83. — Heusler Gewere S. 241 N. 1.

[31]) Einige Beispiele für derartige sehr häufige Verträge bei Zimmerle S. 206 N. 10.

[32]) Oben I. § 37 N. 1. — Urk. v. J. 1225 (Seibertz I. no. 177): Verzicht einer Frau; tam ipsa quam maritus ejus pro puero quem tunc vivum . . . ipsa gestabat in utero, promittebant, dum natus esset, (quod) ad idem faciendum eum inducerent. — Urk. v. J. 1233 (Urk. B. des Landes ob der Enns III. no. 9): mit Rücksicht auf ihr Kind im Leibe bekommt eine Frau besondere Verzichtpfennige. — Urk. v. J. 1343 (bei Grimm RA. S. 157): eine schwangere Frau verzichtet zugleich für ihr Kind: mit der gürtel, . . die ich gerekt han. — Weisth. z. Niederprüm v. J. 1576 (Grimm Wisth. II. S. 533):

Ist der nächste Erbe abwesend, so läuft ihm die Frist für Geltendmachung seines Beispruchsrechts von seiner Anwesenheit an[33]).

3. Während die Quellen zur Zeit der Volksrechte wesentlich nur die unentgeltlichen Veräußerungen beschränken, galt im spätern Mittelalter das Beispruchsrecht für alle Veräußerungen zu Eigenthum, durch Schenkung, Verkauf, Vergabung von Todeswegen u. s. w., außerdem aber auch regelmäßig für die Bestellung von dinglichen Rechten und die Belastung der Grundstücke, für Verpfändungen, für Bestellung einer Leibzucht, eines Lehn- oder Erbpachtrechts, Belastung mit Renten u. s. w.[34]). Indessen war das Prinzip nicht überall strenge durchgeführt und insbesondere wurden Verpfändungen (die alte Satzung) oft ohne Genehmigung der nächsten Erben vorgenommen[35]).

---

soll man . . da die frau mit iren kindern erschiene, dero kind jedem ein verzigpfenningh geben, und der frauen auch sunderlich einen in den boesen stecken, aufs dieser ursachen, ob künftiglich sie mehr kinder gebieren würde, dafs dieselbe auch also verziegen haben.

[33]) Vgl. oben § 74 N. 7.

[34]) Im allgemeinen Zimmerle S. 194 ff., Lewis S. 40 ff., Fipper S. 54 ff. — Ueber Lehen Homeyer Sachsensp. II. 2. S. 437 ff.; über Renten Stobbe in d. Ztschr. f. deutsches R. XIX. S. 195 ff. und Arnold Eigentum S. 131 ff., 133 ff. Ueber die Bestellung einer Leibzucht vgl. N. 27, 28.

[35]) Den Consens fordern bei Verpfändungen z. B. Lüb. R. (Hach) I. 4, Hamburger Recht (Kraut no. 23), Gosl. Statt. 14. Z. 12 ff., 28. Z. 28 ff., Rechtsb. n. Dist. I. 45. 3, Gothaer Stadtr. bei Purgoldt XI. c. 85, Magdeb. R. (bei Kraut § 102 no. 32), Magd. Weisth. f. Kulm § 13 (bei Steffenhagen deutsche Rechtsquellen in Preußen 1875. S. 63). — Urk. v. J. 1361 (Bodmann rheingauische Alterthümer II. S. 914): quod dictus E. vendens, unum puerum haberet . . . ., qui sub annis discretionis esset constitutus, quare ipse eadem bona sine consensu talis pueri obligare vel vendere nullo modo posset; andere Urkunden, in welchen die Erben consentiren bei Kohler pfandr. Forschungen S. 116 N. 2. — Ist die lex commissoria dem Pfandvertrage hinzugefügt (vgl. unten § 106 N. 30), so haben die Erben, wenn das Gut verfallen ist, das Beispruchsrecht nach den Dortmunder Statt. III. 57 (Frensdorff S. 81). — Ueber altschwedisches Recht v. Amira nordgermanisches Obligationenrecht I. 1882. S. 220 f.

Dagegen wird der Consens ausdrücklich nicht gefordert im R. von Freiburg im Uechtlande v. 1249 § 22 (bei Gaupp II. S. 86), Purgoldt II. 69, wie es scheint, auch nicht in der Magdeb. Blume II. 2. c. 15.

In zahlreichen Urkunden heißt es, das Gut sei (ohne Genehmigung der

Die Besitzer von Lehen oder von Bauergütern wurden erst in späterer Zeit in ihren Veräußerungen durch das Beispruchsrecht ihrer Erben eingeschränkt; das Recht schützte hier mehr den Herrn, als die Erben gegen willkürliche Veräußerungen[36]).

4. Allgemein bestand eine Ausnahme im Fall der echten Noth des Eigenthümers; die Erben sollen es nicht verhindern dürfen, daß der Eigenthümer durch die Veräußerung sich aus schwerer Noth rettet. Doch sollte er das Gut den Erben zunächst zum Kauf anbieten oder es ihnen überlassen, wenn sie seinen Unterhalt übernehmen wollten; erst wenn die Erben darauf nicht eingingen, durfte er es frei veräußern[37]).

Erben) verpfändet, da man die Erbenerlaubniß zur Veräußerung nicht habe erlangen können; vgl. Stobbe in d. krit. Viertelj. Schr. IX. S. 320.

Bremer Rathsentscheidung v. J. 1446 (mitgetheilt von Höpken im Bremer Jahrb. VII. S. 239 no. 3): dat en jewelk sin erve . . . wol vorkopen moste, wo he dat sinen neghesten bode . . . . Aver he moste dat wol vorsetten, als he dureste konde, . . . men he en mochte in der sate nenen eghendom vorwyllekoren (Verbot der lex commissoria), id en scheghe myt willen unde vuleborde siner neghesten erven; vgl. auch Höpken S. 76 f.

[36]) Vgl. Zimmerle S. 247 ff., Homeyer Sachs. II. 2. S. 437 ff. — Manche Weisthümer sagen, der Bauer dürfe sein Gut unbeschränkt veräußern, Grimm I. S. 45 § 11; er dürfe es einem Hund an den Schwanz binden I. S. 147 (dieselbe Redensart von Mobilien I. S. 277); weitere derartige Schweizer Stellen bei v. Wyß Ztschr. f. schweiz. R. XIX. 1. S. 147 N. 1, überhaupt S. 147 ff.

[37]) Zuerst findet sich diese Vorschrift in der Lex Saxonum vgl. oben N. 7; dann im Wormser Recht (Kraut no. 12), im Recht von Freiburg im Breisgau v. 1120 § 8; baier. Weisth. ungef. 1150 (Mon. Boica III. p. 437): hominem ad suorum sustentationem parvulorum possessiunculam posse vendere, nec eosdem parvulos adultos vel profectos factum patris cassare debere, Goslar. Statt. S. 26 Z. 37 ff., Mühlhäuser Oberhofentscheidung in Schröder Urkunden no. 250 (1. Aufl. no. 231). — Vgl. im allgemeinen Pauli I. S. 114 ff., Zimmerle S. 198—203, Lewis S. 62 ff., Hasenöhrl S. 143 f., Laband Klagen S. 290 N. 14. — Wer ein Grundstück in echter Noth veräußern will, soll nach den Dortmunder Statuten c. 27 (Frensdorff S. 54) coram consulibus cum amicis suis seine Noth beweisen (demonstrare et probare) und darauf de consilio et jussu consulum coram tribunali (vor dem Stadtgericht) corporis sui necessitatem beeidigen. — Wenn auch der Sachsensp. den Fall der echten Noth nicht erwähnt, so ist doch wegen des Satzes in der Lex Saxonum und der später allgemeinen Anerkennung dieser Bestimmung nicht

5. Eine Abschwächung des Beispruchsrechts erfolgte in den Städten: nur das durch Erbgang erworbene Gut, das Erbgut, unterlag den Beschränkungen, während der Eigenthümer über die Grundstücke, welche er selbst erworben hat (wohlgewonnenes Gut), frei disponiren darf[38]). Der Umfang des Erbguts wurde partikulär bestimmt: gewöhnlich ist es das von den Ascendenten oder Collateralen ererbte, oder bei der Abschichtung oder zur Aussteuer erhaltene Gut[39]); bisweilen auch das Gut, welches zwei Ehegatten zusammen erkaufen und welches nach dem Tode des Einen der Andere besitzt:

---

daran zu zweifeln, daß auch für ihn diese Ausnahme galt, Zimmerle S. 199 f., v. Martitz S. 153 N. 4; anderer Ansicht Lewis S. 201 f.

[38]) Die Unterscheidung von ererbtem und wohlgewonnenem Gut ist sehr alt, vgl. z. B. Homeyer Hantgemal S. 35 ff., Waitz Verf. Gesch. II. (2. Ausg.) S. 221 ff., v. Amira Erbenfolge S. 12 ff. (in Betreff der terra salica in den spätern Texten von L. Sal. 59. § 4), S. 90 (über das angelsächs. êdel), Brunner zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde I. S. 151 ff. (über den Unterschied von edel und bocland). Aber für das Beispruchsrecht kommt er zuerst in Betracht in dem Wormser Dienstrecht von 1024 c. 2 (Kraut no. 12) vgl. mit c. 21. — Im Sachsensp. u. Schwabensp. wird der Unterschied nicht gemacht und man darf nicht mit Gaupp (schles. Landr. S. 98—114) annehmen, daß im Sachsenspiegel eigen ein ererbtes Grundstück bedeute. — Viele Beispiele über die Wirksamkeit des Unterschiedes in den Stadtrechten bei Zimmerle S. 183 ff., Pauli I. S. 16 ff., 48 ff., Lewis S. 54 f., v. Martitz S. 244 f. N. 13, Schröder ehel. Güterr. II. 3. S. 79 f., Irmer zur Entwickelung und Behandlung des Erbgüterrechts in den ältesten Redaktionen des Rigischen Stadtrechts. Dorpart 1878, Schilling Wald.-Erich'sches R. S. 255 ff. Vgl. auch unten § 90 N. 3 ff. Es gehören hieher sächs. Weichb., Rechtsb. n. Dist., Eisenacher Recht (Kraut no. 24, 25, 35), Purgold II. 69 (vgl. aber III. 58), Schles. Landr. 77 (vgl. auch Gaupp in d. Ztschr. f. d. R. III. S. 79 f.), die Magdeb. Rechtsquellen (abgesehen von den Stellen bei v. Martitz noch Glogauer Rechtsb. c. 17, Syst. Schöffenr. IV. 1. 37, IV. 2. 88, Magd. Blume II. 2. 13), Waldem.-Erich'sches R. art. 39, die Stadtrechte von Lübeck (vgl. auch Freund in d. Z. f. RG. XVI. S. 159 ff.), Hamburg (Kraut no. 23), Bremen (Stadtr. v. 1344 no. 197 bei Oelrichs S. 246), Lüneburg, Stade, Goslar, Quedlinburg (Homeyer Stadtbücher S. 53 c. 20), Dortmund (IV. 137, Frensdorff S. 141; andere Stellen des Dortmunder Rechts handeln vom Beispruchsrecht ohne Beschränkung auf ererbte Grundstücke; vgl. Frensdorff a. a. O. in der Note), Wien (Priv. v. 1350 bei Tomaschek Rechte von Wien I. p. 123), u. s. w.

[39]) Ueber das letztere vgl. z. B. Kraut no. 30 und Pauli I. S. 72 ff., Zimmerle S. 185 ff.

durch den Tod des ersteren ist es Erbgut geworden[40]). Was Jemand durch testamentarische Zuwendungen, welche nicht lediglich sein gesetzliches Erbrecht ausführen, erwirbt, ist kein Erbgut[41]).

6. Durch die Veräußerung erlangte der Erwerber, auch wenn die Erben nicht zugezogen waren, das für ihn beabsichtigte Recht. Aber so lange sich sein Besitz nicht durch den Zeitablauf zur rechten Gewere verstärkt hatte, konnte der nicht einwilligende Erbe ihm das Gut mit der sog. Revokationsklage abfordern. Die Veräußerung war anfechtbar, aber nicht nichtig[42]). Weder darf man behaupten, daß der Erbe in Folge der ohne ihn abgeschlossenen Veräußerung im Moment derselben Eigenthümer geworden sei[43]), noch daß er die Gewere erlangt habe[44]), noch daß er schon vorher eine Gewere am Gut gehabt habe[45]). Er hat vielmehr nur die gesetzlich anerkannte

---

[40]) Rechtsb. n. Dist. u. Hamb. Statt. bei Kraut no. 23 u. 29; vgl. Pauli I. S. 78 ff., II. S. 129 ff.; Baumeister II. S. 305 N. 45 u. Zimmerle S. 187 ff. — Anders nach Quedlinb. R. (Homeyer Stadtbb. S. 53 c. 19).

[41]) Kraut no. 26, 31, Gloganer Rechtsb. c. 634, Pauli I. S. 51 ff., 61 ff., v. Martitz S. 245 N. 14. — Vereinzelt bestimmen eine nordfriesische Willkür von 1466 § 7 (v. Richthofen S. 576) und das österr. Landrecht c. 21 (Hasenöhrl S. 243), daß gekauftes Gut in Jahr und Tag Erbgut wird.

[42]) v. Sydow S. 219, v. Bunge Riga S. 217. — Als nichtig bezeichnen die Veräußerung Renaud Zeitschr. f. d. R. VIII. S. 242, Lewis Fam. Fideikommiß S. 245, Wippermann Ganerbschaft S. 31 u. N. 1, Planck Gerichtsverfahren I. S. 513—15. — Nur vereinzelt sieht das Gericht darauf, daß die Erben zugezogen werden; vgl. die Urk. v. 1361 bei Schröder ehel. Güterr. II. 2. S. 271 N. 14 und die nicht zweifellos dies bezeugenden Urkk. bei Pauli I. S. 133.

[43]) So Thudichum Gau- und Marken-Verfassung S. 198.

[44]) Albrecht Gewere S. 36 nimmt eine juristische Gewere an; vgl. dagegen Stobbe Gewere S. 462 f.

[45]) Zimmerle S. 160: „der nächste Erbe eines Veräußerers hat als solcher ein dingliches Recht am Grundeigenthum desselben. Es charakterisirt sich als ein dingliches, indem es die im vollen Eigenthum liegende freie Veräußerungsbefugniß lostrennt und dem nächsten Erben eine Einwirkung auf die Immobilie in der Art gestattet, daß er dieselbe bei mangelnder Consensertheilung von seiner Seite unter Rescission ihrer Veräußerung aus der dritten Hand revociren kann"; S. 212 N. 2: „der nächste Erbe hat schon vor der Veräußerung eine Gewere, d. h. Schutz in seinem Verhältniß zu den Immobilien des künftigen Erblassers". — Siegel S. 89: das Warterecht sei ein dingliches Recht. — Beseler § 91 zu N. 10: die Widersprache „war dinglicher Natur und konnte nur die Legitimation zur Sache betreffen". — Bewer S. 18.

Befugniß, das Gut innerhalb der Zeit von Jahr und Tag von dem Erwerber und, falls es in dieser Zeit bereits in eine dritte Hand übergegangen sein sollte[46]), von dieser heraus zu verlangen. Die ältern deutschen Quellen sagen, der Erbe könne es ebenso fordern, wie wenn der Eigenthümer im Moment der Veräußerung verstorben wäre und das Grundstück von einer dritten unberechtigten Person besessen würde[47]). Wenngleich er nachzuweisen hat, daß er der nächste Erbe des Veräußerers sei, so ist doch trotz jener Fiktion, daß der Veräußerer todt sei, das Fundament seiner Klage nicht das Erbrecht, sondern der Umstand, daß der Veräußerer die gesetzlichen Beschränkungen nicht beachtet hat[48]). Hatte der Erwerber dem Veräußerer den Kaufpreis bezahlt oder ein sonstiges Aequivalent gegeben, so hatte er gegen den revocirenden Erben keinen Anspruch auf Ersatz, sondern konnte sich deswegen lediglich an den Veräußerer halten. Das Gut verblieb dem Erben und gelangte nicht an den Veräußerer zurück, da dieser auf sein Eigenthum verzichtet hatte und mit Bezug auf das Grundstück als todt galt[49]).

7. In späterer Zeit schwächte sich das Beispruchsrecht der nächsten Erben auch in der Richtung ab, daß der Eigenthümer, welcher eine onerose Veräußerung beabsichtigte, ihnen das Gut zum Kauf anzubieten hatte[50]): Vorkaufsrecht, Losung, Retraktrecht.

---

[46]) Daß dieselbe Klage auch gegen den weitern Erwerber zulässig war, darf, wenn es auch nicht ausdrücklich gesagt wird, als sicher angenommen werden. Es deutet an Magdeb. Bl. II. 2. 13 u. 14: der Erbe unterwinde sich des Guts, wenn er es in fromdir hant vint.

[47]) Sachsensp. I 52. § 1: die erve underwinde's sik mit ordelen, als of he dot si, jene de't dar gaf, so he's nicht geven ne mochte; Richtst. Landr. 25. § 3: die Klage des Erben lautet: dat N. sic underwunden hebbe sines eigens des he wardende was na N. dode.

[48]) Laband vermögensrechtliche Klagen S. 261 ff., 276 ff., 279 ff., welcher mit Recht ausführt, daß diese Klage nicht unter die römische Eintheilung in persönliche und dingliche Klagen gebracht werden kann. Sie läßt sich lediglich als actio in rem scripta charakterisiren.

[49]) Kl. Kaiserr. (Kraut no 11). Magdeb. Blume II. 2. 13, 14, 121. — Gegen die Annahme Pauli's und Göschen's, daß das Gut regelmäßig an den Veräußerer zurückfiel, vgl. Zimmerle S. 217 ff. — Später tritt allerdings diese Wirkung ein, vgl. v. Martitz S. 246 N. 16.

[50]) So im Mittelalter z. B. Hamb. Stadtr. v. 1270 I. 5b, vgl. mit I. 8, Rigisches R. für Hapsal art. 35 (v. Napiersky S. 30).

§ 88. Weitere Veräußerungsbeschränkungen und Geschichte des Retrakts*).

Das deutsche Recht schützte nicht bloß die Interessen der Familie, sondern auch anderer Kreise durch Veräußerungsbeschränkungen; es verpflichtete den Eigenthümer oder sonstigen Besitzer eines Guts, welcher es zu verkaufen beabsichtigt, die Genehmigung der betreffenden Kreise einzuholen, resp. es den Mitgliedern derselben zum Kauf anzubieten.

Schon nach dem alten Burgundischen Volksrecht[1]) sollte, wenn einer der beiden hospites, welche ein früher einheitliches Grundstück zur Zeit der Ansiedlung getheilt erhalten hatten, seinen Theil veräußern wollte, der Andere ein Vorkaufsrecht haben. Und nach sehr zahlreichen bäuerlichen Weisthümern, besonders Süddeutschlands soll, wer sein Gut verkaufen will und zwar nicht bloß im Fall der echten Noth, (welche allerdings meistens die faktische Veranlassung sein wird), sondern ganz allgemein, dasselbe zunächst seinen Erben zum Kauf anbieten, dann aber auch denen, welche Stücke desselben, ehemals ungetheilten Guts besitzen (den Getheilen), den demselben Hof angehörigen Personen (den Hofgenossen, Hübnern), der Grundherrschaft u. s. w.[2]). Meistens enthalten sie nur dies Gebot, ohne die Folgen zu bestimmen, welche die Nichtbeachtung der Vorschrift hat; bisweilen aber heißt es, daß ein Verkauf ohne Angebot strafbar oder nichtig sei[3]), oder daß diejenigen, deren Interesse verletzt ist, das Gut einlösen und den Käufer durch Zahlung der von ihm erlegten Kaufsumme abtreiben dürfen (Retrakt, Losungsrecht, Einstandsrecht u. s. w.)[4]). Diese letztere Wirkung werden wir auch, wo sie

---

*) Ueber die Literatur der Lehre vom Retrakt vgl. den folgenden Paragraphen.

[1]) L. Burgund 84. § 2.

[2]) Vgl. die Stellen bei Thudichum Gau- u. Markenverfassung S. 204, aber auch Grimm W. I. 15 § 47, 25, 35, 106, 304, II. 21, III. 346 § 2, 550, 663, 723 a. E., 725, 736 § 17, Tirol. Weisth. II. S. 102 Z. 28 ff., 30 ff., Waitz Verf. G. V. S. 276.

[3]) Münchener Stadtrecht 268.

[4]) Grimm W. I. 8 f., 15 § 45, 49; 25, 106, 158 § 31, 258, 270, 290, 335, 348 § 10, 521, 653, 786, V. 194 § 13, Luzerner Stadtr. (Segesser) 106, 106[b].

nicht ausdrücklich angegeben ist, ohne weiteres präsumiren dürfen; denn ohne sie hätte die Verpflichtung zum Angebot für die Interessenten wenig Werth gehabt. Auch ist um so weniger daran zu zweifeln, als auch das vertragsmäßig eingeräumte Vorkaufsrecht und Wiederkaufsrecht nach der Auffassung des Mittelalters dinglich wirksam war und auch gegen den dritten Erwerber geltend gemacht werden konnte[5]).

So entwickelte sich bereits während des Mittelalters[6]) das Losungsrecht der nächsten Erben, Getheilen, Hofgenossen, Gemeindeglieder, der Grundherrschaft u. s. w.; unabhängig vom langobardischen Lehnrecht wurde auch der Retrakt des Lehnsherrn anerkannt, wenn sein Vasall das Lehen ohne seine Genehmigung veräußert hat[7]). Diese Interessenten können, wenn ihnen das Gut zum Kauf nicht angeboten ist, binnen Jahr und Tag nach geschlossenem Verkauf den Näherkauf ausüben[8]), dem Käufer das Gut abziehen und es an sich lösen[9]), gegen die Verpflichtung, ihm das Kaufgeld und seine sonstigen Auslagen (besonders den Weinkauf) zu bezahlen[10]).

Man darf nicht behaupten, daß der Retrakt sich vornehmlich in den Städten entwickelt habe[11]) oder daß er fremdländischen, be-

---

[5]) Platner in d. Ztschr. f. R. G. IV. S. 149 ff., 155, 161 f., Laband vermögensrechtliche Klagen S. 271; ebenso nach altnordischem Recht, v. Brünneck S. 6 f. — Vgl. z. B. auch Urk. v. J. 1310 bei Schreiber Freiburger Urk. B. I. S. 185 f.

[6]) Gewöhnlich wird die Entstehung des Retrakts zu spät datirt, z. B. von Gengler Lehrb. S. 381, welcher sie in das 15. Jahrhundert verlegt.

[7]) Münchener Stadtr. 153.

[8]) Ein Jahr Grimm I. 521, Luzerner Stadtr. a. a. O.; Jahr und Tag Grimm I. 290; Jahr, 6 Wochen 3 Tage Grimm I. 158. § 31; 3 Jahre I. 15. N., 16. § 49. — Seltener: „über kurz oder lang" Grimm I. 15. § 45, 258.

[9]) Die Güter lösen (Grimm I. 270), entschutten (I. 521), den Kauf oder die Güter abziehen (I. 15. § 45, I. 25, 158 § 31), den Käufer davonstoßen I. 15. N. — Landlosung (I. 786). — „Näherkauf" im Luzerner Stadtr. 106. Vgl. auch genechen in Eltviler Entscheidungen, Schröder Urkk. no. 338, 341 (297, 300).

[10]) Grimm I. 15. § 45, I. 258. — Bisweilen dürfen sie einen kleinen Abzug (5 Schillinge, 1 Mark) machen, I. 25, 141, 148, 247, 290, 451, 653 III. 730.

[11]) So z. B. Mittermaier § 284 N. 12, Gengler Lehrb. S. 381. Den Gegenbeweis liefern die zahlreichen Bestimmungen in den Weisthümern, aber

sonders italienischen Ursprungs sei[12]). Wenn er auch früh in italienischen Statuten vorkommt[13]), so ist er doch nicht einfach von Italien her übernommen. Indessen erhielt er, als man mit dem fremden Recht und der italienischen Rechtswissenschaft bekannt wurde, seine bestimmtere Ausbildung und Pflege nach dem Vorbilde der romanistischen Jurisprudenz. Die deutschen Juristen nahmen ihn in die Partikulargesetzgebungen auf, behaupteten für einzelne Arten, besonders für die Erblosung die Gemeinrechtlichkeit[14]), wandten ihn auch auf bisher unberücksichtigt gebliebene Interessen an und gingen in ihrem Eifer so weit, ihn als in den göttlichen, weltlichen und geistlichen Rechten begründet zu bezeichnen[15]).

Jetzt wurde neu hinzugefügt der Retrakt der Reichsritterschaft und des landsässigen Adels, wenn ein reichsritterschaftliches oder gewöhnliches Rittergut an eine Person anderen Standes veräußert war[16]), die Territorial- oder Landlosung, wonach jeder Staatsange-

---

auch das Waldemar-Erich'sche Lehnrecht art. 38 (so beholden se er erve unde geven jennem dat gelt, dar er vader heft upgebort), ältestes Livländ. Ritterr. art. 35.

[12]) So z. B. Gengler S. 384.

[13]) Ueber seine frühe Verbreitung in romanischen Ländern Mittermaier § 284 N. 6, 11 (vgl. z. B. Stumpf-Brentano Acta imperii no. 123). — Das langobardische Lehnrecht giebt den Lehnsfolgern und dem Lehnsherrn den Lehnsretrakt (II. F. 9. § 3, 26. § 14) und Friedrich II. bestimmte in seiner constitutio de jure protimiseos (Mon. LL. II. p. 332; von Cujacius dem langobardischen Lehnrecht angehängt), daß innerhalb unius anni spatium die parentes und illi, qui sunt sub uno servitio et sunt conjuncti ex aliqua parte, ein Vorkaufsrecht haben sollen, welches gleichfalls unzweifelhaft dingliche Wirksamkeit hatte und seinem Wesen nach ein Näherrecht war; Walter § 386 N. 3; a. M. Gengler S. 381. — Diese Constitutio ist übrigens unglossirt und in Deutschland nicht recipirt, Walch Näherrecht S. 29, Renaud Zeitschr. f. d. R. VIII. S. 244—46, Beseler § 107 N. 8; über sie neuerdings v. Brünneck in d. Ztschr. für Rechtsg. XIV S. 124 ff.

[14]) Z. B. Gaill bei Kraut § 130 no. 2.

[15]) Jülich-Berg. Landr. c. 98, Trierer Unt. Ger. O. v. 1537 bei Maurenbrecher rheinpreuß. Landr. I. S. 275, II. S. 173 N.

[16]) Während die wichtigeren und nicht ganz antiquirten Arten des Retrakts in § 90 behandelt werden, stelle ich in dieser und den folgenden Noten einzelnes Material für die nur noch rechtshistorisch interessanten, oben im Text erwähnten Arten zusammen.

Der reichsritterschaftliche Retrakt (vgl. über ihn Walch Näherrecht

hörige das an einen Fremden veräußerte Gut retrahiren durfte[17]), der Retrakt bei Veräußerungen an die todte Hand[18]), oder an jüdische Käufer[19]). Vereinzelt findet sich der Retrakt gegen den Adel, wenn er Bürger- oder Bauergüter erwirbt[20]); ferner des dominus utilis, wenn der Herr sein dominium directum veräußert[21]), des Zehntpflichtigen bei Veräußerung der Zehntberechtigung[22]), des Hauseigen-

---

S. 71 ff., 419), welcher sich unzweifelhaft aus dem Satz des Dienstrechts entwickelt hat, daß ein Ministeriale sein Gut nicht ohne Genehmigung seiner Genossen an eine der Genossenschaft fremde Person veräußern soll (Gierke Genossenschaftsrecht I. S. 187), wurde in den einzelnen Ritterschaftskreisen seit der zweiten Hälfte des 16. bis in den Anfang des 18. Jahrhunderts hinein eingeführt; die Frist für diesen Retrakt war eine längere, nämlich 3 Jahre, Walch S. 433.

Der Retrakt des landsässigen Adels wurde partikularrechtlich eingeführt, als sich das Verbot für Nicht-Adlige ein Rittergut zu erwerben, nicht mehr aufrecht erhalten ließ, Walch S. 451 ff.; z. B. in Baiern seit 1672 (vgl. auch C. Max. Bav. IV. 5. § 15), in Sachsen-Altenburg (VO. v. 5. Juni 1767), in Hessen u. s. w. Doch ist er in neuerer Zeit überall beseitigt, in Baiern 1808 (Gengler Lehrb. S. 400), in Hessen 1805 u. 1822 (Roth K. I. S. 191 N. 16), in Altenburg durch VO. v. 13. Jan. 1804.

[17]) Meist nur in kleinen Staaten, in denen sie dann nicht sehr viel mehr bedeutet als die Marklosung, so in Schwarzburg (Hellbach S. 40, Laband Staatsr. I. S. 179 N. 2), Meiningen (Kümpel S. 115), Baireuth (Baireuther Landes-Constit. 1772. VI. 8 bei Arnold Beiträge II. S. 214), aber auch in Würtemberg seit dem 16. Jahrhundert, v. Wächter I. S. 100 N. 17, 313—315, 520—523.

[18]) In den sog. Amortisationsgesetzen; z. B. in Jülich-Berg seit 1737, zunächst nur zu Gunsten der Erben des Veräußerers; seit 1755 kann ihn jeder Landeseingesessene anstellen (Maurenbrecher Landr. I. S. 279 f. N.), in Kurköln seit 1728 (Maurenbrecher I. S. 460 N.), in Kurtrier seit 1655 (vgl. Trierer Landr. III. § 14—16, Maurenbr. II. S. 77 f. und die ältern Gesetze in S. 74 ff. N.). — Ueber Veräußerungsbeschränkungen an die todte Hand überhaupt vgl. Kahl die deutschen Amortisationsgesetze. Tüb. 1880.

[19]) In Kurköln seit 1599, Kurtrier seit 1618 (Maurenbrecher I. S. 461 N., II. S. 183 N. 17), in Kurhessen seit 1792 (4 Jahre hindurch nach der Veräußerung; aufgehoben 1833, Roth I. S. 165), in Hessen-Darmstadt (Kühl S. 71 N. 4), in Waldeck seit 1806 (Brumhard in der Zeitschr. f. d. R. XIII. S. 160). Wegen der Gleichberechtigung der Confessionen gilt er jetzt nirgends mehr.

[20]) Kurköln. VO. 1729 art. 24 (Maurenbrecher II. S. 182 N.).

[21]) Würt. Landr. II. 16 (v. Wächter I. S. 526), R. v. Graubündten 1526 bei Renaud Reallasten S. 43.

[22]) Braunschweig (Steinacker S. 531 ff.), Preuß. Landr. II. 11. § 94.

thümers, wenn der Rentengläubiger das Rentenrecht[23]), des Rentengläubigers oder Zinsempfängers, wenn der Schuldner sein Haus verkauft[24]), des Gerichtsherrn gegenüber seinen Gerichtsunterthanen[25]), des früheren Verkäufers, wenn sein Käufer das Grundstück veräußert[26]) u. s. w. Auch mit Bezug auf Mobilien galt partikulär der Retrakt[27]). Besonders erfindungsreich war die Württembergische Gesetzgebung in der Aufstellung neuer Arten[28]).

Andererseits war man an einzelnen Orten dem Retraktrecht weniger günstig gesinnt; man beseitigte es oder suchte sein Gebiet stark einzuschränken[29]). Ganz besonders war dies seit dem vorigen

---

[23]) Stobbe Zeitschr. f. d. R. XIX. S. 211; Braunschw. Stdtr. v. 1532 bei Pufend. IV. p. 106; Frankf. Ref. II. 3. § 23; über Lübeck Pauli Abhandlungen IV. S. 77.

[24]) Ueber Lübeck Pauli Abhh. IV. S. 70, 71 ff., 108 ff., Lüb. Zustände II. S. 64 N. f. Dies Recht wird aufgehoben in Lübeck durch Ges. v. 25. März 1848 § 11. — Vgl. auch Bremer Urk. v. J. 1295 (Schröder Urkk. no. 159), Frankf. Sch. U. 1401 bei Thomas Oberhof S. 316 f., Braunschw. Stdtr. a. a. O. (N. 23), Stadtr. von Celle bei Pufendorf obs. I. no. 133. § 10 u. Stobbe Zeitschr. f. d. R. XIX. S. 211.

[25]) Grimm I. 106, 335.

[26]) Nach Mecklenburgischen Stadtrechten, Böhlau in d. Ztschr. f. R. G. IX. 115, 120.

[27]) Priv. für Lüttich v. J. 1208 (Böhmer acta imperii I. no. 229): jeder Bürger kann vom Fleischer ein Stück Vieh für dasselbe Geld kaufen, für welches dieser es gekauft hat. — Vgl. auch Grimm VI. 372. § 67[e], Tirol. W. III. S. 81 Z. 16 ff., Wildenburger Landr. II. 3. § 14 (Maurenbrecher II. S. 394), Gengler S. 390.

[28]) Vgl. v. Wächter I. S. 308 ff., 527 f., 530 ff.: gewisse Handwerker dürfen die Rohstoffe von dritten Käufern retrahiren, der Schuldner darf die cedirte Forderung retrahiren.

[29]) Walch S. 46 f., Renaud Zeitschr. f. d. R. S. 248—250, Gengler S. 399 f. — Die Statuten v. Langensalza v. 1556 (Walch Beyträge VII. S. 278 ff.) heben das Näherrecht mit Ausnahme des Gespildrechts auf; es soll fernerhin das röm. Recht gelten. — Die Frankf. II. tit. 4 will den Retrakt, mit Ausnahme des aus dem Miteigenthum entspringenden, nicht in der Stadt, sondern nur in den Dörfern zur Anwendung kommen lassen. — In Sachsen (vgl. Haubold § 217) galt der Lehnsretrakt und hatten im Uebrigen die Descendenten an Erbstammgütern nicht den Retrakt, sondern nur vor der Uebergabe ein Vorkaufsrecht; Const. Sax. II. no. 31: da das Sachsenrecht keine Nähergeltung kenne, sei in dieser Beziehung nach gemeinem Recht zu urtheilen; II. no. 32: durch Eintragung im Hypothekenbuch könne ein dinglich wirksames Vorkaufsrecht

Jahrhundert der Fall, wo man seine nachtheiligen Wirkungen für den Kredit und die wirthschaftlichen Verhältnisse kannte[30]); heut zu Tage hat er nur noch vereinzelte Geltung und wird er fortwährend immer mehr aus dem Rechtsleben verdrängt[31]).

---

bestellt werden. Ueber das neue sächs. Recht vgl. Gesetzbuch § 1124 u. Schmidt Vorlesungen S. 429. — Das Landrecht von Lingen v. 1639 III. § 21 läßt die Erblosung für adlige Stamm- und Erbgüter bestehen und hebt die übrigen Vorkaufs- und Näherrechte auf.

[30]) Die Schlesw.-Holstein'sche VO. v. 1794 bei Renaud Zeitschr. VIII. S. 249 bezeichnet das Losungsrecht als „eine im Ganzen gemeinschädliche, mit mehrerem Nachtheil, als Nutzen für den Staat verbundene Einrichtung, die das Wohlgefallen des Eigenthümers an dem Seinigen schwächet, den Unternehmungsgeist ebenso oft niederschlägt, als ermuntert, die Gewinnsucht unterhält und unter Blutsfreunden, Nachbarn und Mitbürgern häufige Zwistigkeiten und verderbliche Prozesse nach sich zieht."

[31]) Vgl. jetzt Neubauer Zusammenstellungen des in Deutschland geltenden Rechts betreffend verschiedene Rechtsmaterien. Berl. 1880. S. 133—145.

In Oestreich (vgl. Anonymus d. Retrakts- und Einstandsrecht in Oesterreich, Allg. Oestr. Ger. Zeitung 1873 no. 12—15) sind von 1781 bis 1787 verschiedene Gesetze zur Aufhebung aller Einstandsrechte erlassen; das Hofdekret v. 27. Apr. 1787 erklärte, daß die auf Gesetzen oder Gewohnheitsrechten beruhenden, nicht auch die kontraktmäßigen Einstandsrechte aufgehoben seien. Das östr. G. B. kennt das vertragsmäßige Vorkaufsrecht (art. 1073) und das auf Privatdispositionen beruhende, besonders vorbehaltene gutsherrliche Einstandsrecht (art. 1140, 41); nebenbei bestand noch der Lehnsretrakt. Mit Aufhebung des Unterthänigkeits- (Patent v. 7. Sept. 1848 u. 4. März 1849) und des Lehnsverbandes sind der gutsherrliche und der Lehnsretrakt fortgefallen. Dagegen bestehen noch weiter fort die auf Privatdispositionen beruhenden intabulirten Einstandsrechte zu Gunsten einer Geschlechtsfolge, indem ein Eigenthümer seinen Erben oder den Descendenten seiner Erben die Befugniß einräumt, ein von ihm hinterlassenes Immobile um einen im voraus bestimmten Preis an sich zu bringen, wenn es an eine dritte nicht zur Familie gehörige Person gelangt sein sollte. Neuerdings Ges. v. 28. März 1875 über die Wirksamkeit der in den öffentlichen Büchern eingetragenen Familien-Einstandsrechte und über das Verfahren zur Löschung unwirksamer Eintragungen dieser Art.

Für Preußen (vgl. Förster § 189 N. 16 ff.) handelt das Landrecht vom Retrakt der Miteigenthümer (I. 17. § 61 ff.), der Schiffsrheder (II. 8. § 1437 ff.), des Lehnsherrn (I. 18. § 209), der Agnaten und Mitbelehnten (I. 18. § 304 f.), der Zehntpflichtigen beim Verkauf des Zehntrechts (II. 11. § 914); provinciell bestünde das Gespilde- und Nachbarrecht (I. 20. § 650) und die Erblosung (II. 4. § 227, 228). Der Retrakt der Verwandten wurde durch Edikt vom 9. Okt. 1807 III. aufgehoben; es solle bestehen bleiben der Retrakt „nur

bei Lehnsobereigenthümern, Erbenzinsherren, Erbverpächtern, Miteigenthümern und da . . ., wo eine mit andern Grundstücken vermischte, oder von ihnen umschlossene Besitzung veräußert wird." — Das Preuß. Ges. v. 2. März 1850 § 2 no. 6 u. § 4 hebt im allgemeinen ohne Entschädigung alle Retraktrechte auf und läßt nur bestehen die Vorkaufsrechte gemeinschaftlicher Eigenthümer, den Retrakt der Miterben nach dem rhein. Civ. G. B. und das Vorkaufsrecht des früheren Eigenthümers expropriirter Grundstücke, wenn dieselben wieder veräußert werden sollen.

In Hannover waren im Lauf der Zeit eine Reihe von Retraktrechten aufgehoben worden; vgl. Grefe II. S. 416 no. 3 u. Kraut § 19 no. 1—3; darauf hat das Preuß. Gesetz vom 24. Dez. 1872 die etwa noch in der Provinz Hannover bestehenden gesetzlichen Vorkaufs-, Retrakt- und Näherrechte aufgehoben; genauer Neubauer S. 134. — Kurhessische VO. v. 3. Aug. 1822: es werden alle auf Gesetz oder Gewohnheit beruhenden Näherrechte aufgehoben, sie mögen Namen haben, wie sie wollen; vertragsmäßige oder testamentarisch angeordnete Näherrechte erlangen nur durch hypothekarische Eintragung Wirksamkeit, Platner Sachenrecht S. 140 (S. 141 N. 6 über die Fälle des Retrakts im ältern Recht; Landgräflich Hessische VO. v. 1797 für den Breidenbacher Grund bei Stammler das Recht des Breidenbacher Grundes. 1882 S. 71—84). — In Schleswig-Holstein fanden Einschränkungen durch Gesetze seit 1773 statt und wurden die auf Gesetzen oder Gewohnheitsrecht beruhenden Beispruchsrechte 1798 und 1799 aufgehoben, Falck V. S. 169 f., v. Stemann schlesw. Rechtsg. II. S. 369 ff. — In Nassau wurden alle Retraktrechte 1808 aufgehoben.

Nach dem französischen Recht giebt es, außer unter Miterben (Code civ. art. 841) kein Näherrecht, Neubauer S. 144 f. Demgemäß wurden während der Fremdherrschaft in einzelnen Theilen Deutschlands die Näherrechte aufgehoben, auf dem linken Rheinufer im J. 1793 (Maurenbrecher rheinpreuß. Landrechte II. S. 193 N. 182), in Jülich-Berg durch Edikt v. 6. Mai 1803 (Maurenbrecher I. S. 274 N. 86), im Großherzogth. Hessen durch VO. v. 15. Mai 1812 (Kühl S. 227), in Oldenburg durch VO. v. 25. Juli 1814 (Renaud Zeitschr. f. d. R. VIII. S. 250, Neubauer S. 138).

Ueber Sachsen vgl. N. 29.

In Baiern waren seit Anf. dieses Jahrh. verschiedene Retrakte (Gengler S. 400), durch Gesetz vom 10. Nov. 1861 sind sämmtliche gesetzliche Retraktrechte mit der Ausnahme für Theilhaber einer Gemeinschaft aufgehoben (Roth II. § 142 N. 10, Neubauer S. 135 f.). — Ebenso blieb in Würtemberg in Folge von Gesetzen von 1812, 1815 und 1825 nur die Erblosung an lehnbaren Stammgütern bestehen (v. Wächter I. S. 858 ff., 990, Neubauer S. 137). — Das Baden'sche Landrecht § 577[ah] kennt den Retrakt bei Stammgütern; das Gesetz vom 21. Juli 1839 hebt alle Losungsrechte auf. — In Mecklenburg-Schwerin erfolgte durch VO. vom 17. Dez. 1832 die gänzliche Aufhebung der „in mehreren Städten annoch bestehenden Nachbar- und Familien-Retraktrechte"; gemäß der VO. v. 24. Juni 1869 § 11 besteht noch der Retrakt der Miterben bei Verkäufen des Bauerguts durch den Anerben; vgl. auch unten § 90 N. 22.

§ 89. Begriff und Wesen des Retrakts[1]).

Der Retrakt (Näherrecht, Losung[2])) ist die auf Gesetz, Gewohnheitsrecht oder Vertrag beruhende Berechtigung einzelner Personen

---

In Gotha wurde 1781 das Näherrecht aus Blutsfreundschaft aufgehoben; andere Näherrechte (Gespilde- und Lehnsretrakt) wurden auf Vorkaufsrechte reducirt; bestehen blieb die Marklosung (Brückner § 840); das Gesetz vom 28. März 1870 hebt „das Näherrecht aus der Staats- oder Ortsangehörigkeit, sowie das Näherrecht aus dem Gespilde, ingleichen etwa sonstige in dem sächsischen Lande hergebrachte Näherrechte" auf. — In Coburg behielt man im Ges. v. 19. Sept. 1812 bei den Retrakt aus dem Miteigenthum, den der Mitbelehnten und des Lehnsherrn bei Rittergütern, Heimbach § 217. — In Sachsen-Weimar erfolgte im J. 1799 die Aufhebung der Retraktrechte bis auf das Gespilde- und Marklosungsrecht, Sachse § 342, Heimbach § 217. Das G. v. 9. Dez. 1865 hebt alle „auf Gesetz oder Gewohnheitsrecht beruhende Vorkaufs- oder Retraktrechte" auf. — In Altenburg wurden 1819 die gesetzlichen Retraktrechte beschränkt auf das Gespilderecht und den Retrakt bei Ritterlehen, Hesse S. 207. — In Bernburg erfolgte 1786 die Aufhebung des Retrakts aus Verwandtschaft oder Nachbarschaft, Weiske Rechtslexikon II. S. 18. — In Meiningen ward durch Gesetz vom 15. April 1865 jede Art des auf Gesetz oder Gewohnheit beruhenden Näherrechts aufgehoben. — Ueber die Aufhebung in einzelnen sächsisch-thüringischen Staaten vgl. Heimbach § 217, Neubauer S. 139 ff. — In Schaumburg-Lippe Aufhebung durch Ges. v. 4. Juni 1810; doch bleibt es dabei, daß „die ursprünglichen Bürgergüter", wenn sie an Nichtbürger veräußert sind, reluirt werden können; Neubauer S. 141 ff.

In Hamburg war das Näherrecht bereits seit dem 18. Jahrhundert in desuetudo gerathen (Baumeister II. S. 300 N. 26); durch Gesetz vom 12. Apr. 1871 sind alle etwa noch bestehenden Vorkaufs-, Näher- und Retraktrechte (Statt. II. 8. art. 3, 4) aufgehoben. — In Bremen Aufhebung durch die Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1833 § 12.

In den meisten Schweizer Cantonen bestehen jetzt keine Retraktrechte, vgl. Renaud in d. Ztschr. f. d. R. VIII. S. 250 f., Züricher G. B. § 554. — Sie bestehen aber noch im Canton Schwyz, Entsch. des Cantongerichts v. 1858, Ztschr. f. schweiz. R. VIII. Abth. Rechtspflege. S. 20—22; in Basellandschaft (VO. v. 23. Nov. 1868 in d. Ztschr. f. schweiz. R. XIX. 2. S. 62: Kinder bedürfen, um Liegenschaften mittelst Zugrechts zu erwerben, welche Eltern an einen Dritten verkauft haben, „einer regierungsräthlichen Bewilligung". Ueber Baselland theilt einzelnes mit Brodbeck in d. angef. Zeitschr. XX. S. 36 ff.). — Ueber Bern vgl. Stadtsatzung v. 1539 § 50 ff. (Ztschr. f. schweiz. R. XX. S. 34 ff.).

[1]) Literatur: C. F. Walch das Näherrecht. 3. Aufl. Jena 1795 (das gelehrte Buch leidet an dem durchgehenden Irrthum, daß dem Retrakt überall ein Miteigenthum, eine Gemeinschaft zu Grunde liege). — Seuffert das Baurecht, die Reallasten und das Näherrecht. 1819. S. 117—140 (mit Bezug auf

Baiern). — Renaud zur Lehre vom Näherrechte, insbesondere von der Erblosung nach gemeinem Rechte, in d. Ztschr. f. d. R. VIII. 1843. S. 240—283. — Brumhard das Näherrecht im Fürstenthum Waldeck, in d. Ztschr. f. d. R. XIII. S. 156—164. — Gengler Lehrbuch S. 377—401; Privatr. 3. Aufl. § 46. — Laband die rechtliche Natur des Retrakts und der Expropriation, im Arch. f. civ. Praxis LII. S. 151—190. — Dahlmann de retractu legali speciatim gentilicio. Berolini 1869 (eine fleißige, Literatur und Quellen benützende Dissertation). — Platner § 32. — Ueber altschwedisches Recht v. Amira Obligationenrecht. I. S. 572 ff.; auch S. 581 ff.

Ueber die ältere Literatur vgl. Walch S. 100 ff., Gengler Lehrb. S. 378, v. Wächter I. S. 518 N. 3.

Quellen. Eine große Anzahl von Partikularrechten führt Gengler Lehrb. S. 377 f. auf; ich füge noch einige hinzu: Ostfries. Landr. II. 250 ff., Nürnb. Ref. 1564. XXIII. 5, Lüneb. Ref. II. 4, Jül. Berg. Landr. c. 98, 99, Trierer Landr. XX, Sponheim'sches Landr. c. 106, Tiroler Landes-O. V. 8—14, Landbuch v. Klosters S. 31 ff., v. Davos S. 81 ff., Frankenhauser Statuten II. 23—26, des Wild- und Rheingrafen Otto Losungs-Ordnung v. J. 1600 (Walch III. S. 327 ff.), Göttinger Retrakt-O. v. 1642 (Strube rechtl. Bedenk. III. S. 472 bis 477), Jus Culmense ex ult. revis. IV. tit. 6; Baier. Statt. bei Roth B. II. § 142. N. 9, Hannover'sche Statuten bei Grefe II. S. 410 ff.

Indem die meisten Lehrbücher des deutschen Privatrechts oder Partikularrechts den Retrakt in dem Obligationenrecht behandeln, als einen erzwungenen Kauf, reißen sie ihn aus dem historischen Zusammenhang. Ueberdies aber ist der Retrakt nicht bloß beim Verkauf, sondern auch bei sonstigen onerosen Veräußerungsgeschäften zulässig.

Die Lehre kann meines Erachtens unter verschiedenen Gesichtspunkten dargestellt werden: a) insofern der Eigenthümer in der Veräußerung beschränkt ist, b) insofern der Erwerber des Grundstücks verpflichtet ist, dasselbe einem Dritten herauszugeben; von diesen beiden Standpunkten aus gehört sie in den Abschnitt von dem Inhalt des Eigenthums; c) insofern der Retrahent ein Recht auf den Erwerb des Eigenthums hat. Laband (S. 190) wählt diesen letzten Standpunkt und will den Retrakt zur Lehre „vom Erwerb und Verlust des Eigenthums kraft Gesetzes" stellen; ihm folgt darin Roth II. B. § 142. — Indem ich die systematische Folgerichtigkeit dieser Auffassung anerkenne, verbinde ich ihn doch in Rücksicht auf den historischen Zusammenhang mit dem Beispruchsrecht der nächsten Erben, und meine, daß wenn man sich über das Wesen des Retrakts klar ist, es von keiner großen Bedeutung ist, ob man ihn an diese oder jene Stelle des Systems stellt.

[2]) Andere Namen (vgl. auch § 88 N. 9) sind: Einspruchsrecht, Einstand, Abtrieb, Näbergeltung, Zugrecht, Beschüttung u. s. w., Walch S. 15 ff.; einzelne Quellen bezeichnen im Gegensatz gegen das einfache Vorkaufsrecht den Retrakt als dingliches Vorkaufsrecht, Pr. Landr. I. 20. § 568 ff., Oestr. GB. § 1073. Noch verwirrender ist es, wenn manche Statuten das einfache Vorkaufsrecht durch Näbergeltung bezeichnen, Dahlmann S. 5 N. 1.

oder ganzer Klassen von Personen, ein durch Kauf veräußertes Grundstück oder zu den Immobilien gezähltes Recht[2a]) binnen bestimmter Zeit von dem Käufer oder spätern Erwerber gegen Zahlung des ersten Kaufpreises und sonstiger Kosten zu erwerben.

1. Der Retrakt unterscheidet sich von dem Vorkaufsrecht. Der Vorkaufsberechtigte kann von dem Eigenthümer fordern, daß er ihm das zu verkaufende Gut zum Vorkauf anbiete, und hat, falls dieser es unterlassen hat, eine Klage auf Schadensersatz; der Retrakt aber gewährt ein Recht gegen den dritten Erwerber. Das Vorkaufsrecht bezieht sich auf einen zu schließenden Verkauf; der Retrakt findet statt, wenn der Verkauf bereits geschlossen ist.

Der historischen Entwickelung gemäß steht **regelmäßig** der Retrakt mit dem Vorkaufsrecht in Verbindung: der Veräußerer ist verpflichtet, vor abgeschlossenem Verkauf die Sache einzelnen Personen zum Kauf anzubieten oder die Absicht der Veräußerung öffentlich zu erklären, damit jeder Berechtigte sein Vorkaufsrecht geltend machen kann. Nur darin weichen die Quellen von einander ab, daß nach einzelnen der Retrakt auch dann angestellt werden kann, wenn das Gut dem Berechtigten zum Vorkauf angeboten war[3]) und er denselben nicht ablehnte (vgl. N. 52), während nach andern er nur bei Unterlassung des Angebots zulässig ist, damit der Berechtigte sein Interesse am Erwerbe der Sache noch nachträglich geltend machen könne[4]). Die Normirung in jener ersten Klasse von Statuten erscheint als eine ungesunde, den ursprünglichen Grundgedanken des Instituts verlierende Rechtsbildung.

2. Retraktrechte beruhen auf einer Rechtsquelle (Gesetz oder Gewohnheitsrecht). Dieselbe Wirkung kann aber auch vertragsmäßig erreicht werden, wenn der Eigenthümer das Vorkaufsrecht bestimmten

---

[2a]) Solche retrahible Rechte führt an die Tiroler Landes-O. V. 8, Kurköln. Landr. XV. § 1, Kurtrierer Landr. XX. § 48; vgl. auch **Walch** S. 129 ff.

[3]) Es ist v. **Gerber** § 175. N. 4 gegen **Eichhorn** § 100 zuzustimmen daß der Retrakt nicht **nothwendigerweise** mit einem Vorkaufsrecht verbunden ist.

[4]) **Dahlmann** unterscheidet demgemäß in seiner ganzen Abhandlung zwei Arten des Retrakts: a) Vorkaufsrecht gegen den Veräußerer und Retrakt gegen den Erwerber; b) Retrakt gegen den Erwerber, gleichviel ob das Gut zum Vorkauf angeboten wurde oder nicht.

Personen einräumt und ihrem Recht durch Eintragung in das Hypothekenbuch dingliche Wirksamkeit gegen jeden weitern Erwerber des Grundstückes verschafft[5]). Während das ältere Recht schon dem einfachen vertragsmäßigen Vorkaufsrecht eine solche Kraft zuschrieb[6]), erzeugt nach neuerem Recht der Vertrag ohne hypothekarische Ein-

---

[5]) Const. Sax. II. 32: Wenn trotz bestehenden Vorkaufsrechts das Gut ohne Angebot verkauft wird, „so ist solcher Kauff beständig und kann ratione conventionis et pacti regulariter nicht rescindiret werden. Derowegen ist auch der Käuffer nicht anzusprechen; aber, der Verkäuffer, welcher die Convention nicht gehalten, ist ad interesse obligiret; da aber das Gut vor die Näher-geltung gebührlich hypotheciret, in diesen und dergleichen Fällen, kan der Käuffer angesprochen werden." — Baireuther L. Constitut. VI. § 10 (Arnold Beitr. II. S. 215): unter der Voraussetzung „daß in favorem retrahentis die Clausula hypothecae oder ein pactum commissorium abjiciret worden, oder auch der Emtor von dem Vorkauff gewußt, solchemnach bei dem Kauff in dolo versiret hätte." — Preuß. Landr. I. 20. § 570, 71, II. 4. § 229, Oestr. GB. § 1073, Sächs. GB. § 1124 vgl. mit § 224. — Reyscher II. § 428 N. 7, v. Wächter II. S. 395 N. 10 (Gesetz von 1815). — Baier. R. bei Gengler Lehrb. S. 387 N. 26, Eichhorn § 101. — Ueber die dingliche Wirksamkeit des Vertrages sagt ein Plenarurtheil des obersten bair. Gerichtshofes (Seuffert XXXII. no. 43) in, meiner Ansicht nach, irriger Weise: „dem Vorkaufsrecht könne vertragsmäßig eine dingliche Wirkung gegen jeden Dritten verliehen werden, und dann liege der Grund dieser dinglichen Wirksamkeit schon in der Vertragsstipulation, nicht aber in dem Hypothekenbuch-Eintrage, welcher bloß (!) hinzukommen müsse, um jene Wirkung zu sichern."

Mehrere Schriftsteller leugnen die Entstehung durch Vertrag mit hinzutretender Eintragung in das Grundbuch, so v. Gerber § 175 N. 6, Beseler § 107. III, Gengler Lehrb. S. 387. — Laband S. 186 N. 52 will zwischen dem Retraktrecht und dem Vorkaufsrecht mit dinglicher Wirksamkeit unterscheiden. Und in der That ist es richtig, daß das letztere auch nach den Partikularrechten beschränktere Wirkungen hat; es steht nur bestimmten Individuen zu, soll nicht auf die Erben des Berechtigten übergehen, Oestr. GB. § 1074, Sächs. GB. § 1127, außer, wenn es ihnen ausdrücklich vorbehalten ist, Pr. Landr. I. 20. § 596 vgl. mit I. 11. § 317, 318; vgl. auch Seuffert IV. no. 47, Emminghaus S. 552 no. 12. II, S. 555 no. 32.

[6]) Vgl. oben § 88 N. 5. — So nach altem Würtemb. Statutarrecht, v. Wächter I. S. 308 N. 1, 309 N. 5, S. 310; nach dem Würt. Landr., v. Wächter I. S. 535 ff., jedoch mit der Einschränkung, daß das Recht nach einmaliger Veräußerung verloren gehe. — Cod. Max. Bav. IV. 5. § 17, Baden'sches GB. § 1701[aa], [am] (nur zu Gunsten des Constituenten, nicht seiner Erben). — Nach dem Hohenlohischen Landr. III. tit. 5. § 4 genügt die schriftliche oder vor der Obrigkeit erfolgte Erklärung.

tragung nur Wirkungen für die Contrahenten und erlangt der Berechtigte durch ihn nur ein persönliches Vorkaufsrecht gegen seinen Contrahenten, nicht auch den Retrakt gegen den spätern Erwerber[7]. Ebenso wenig entsteht ein Retrakt an sich durch testamentarische Disposition[8]).

3. Dem Retrakt liegt kein dingliches Recht zu Grunde[9]); weder erwirbt der Retrahent ein solches durch die Veräußerung von Seiten des bisherigen Besitzers, noch steht es ihm bereits vorher zu[10]). Vielmehr hat der Retrahent, wenn der Eigenthümer das Grundstück ohne Berücksichtigung der durch das Gesetz geschützten Interessen veräußert hat, ein durch das Gesetz anerkanntes Recht auf den Erwerb und kann dasselbe jedem Erwerber gegenüber mit einer

---

[7]) Wenn Renaud S. 260 f. den Retrakt auch im neueren Recht nach Analogie des Pfandrechts durch Vertrag entstehen lassen will, so ist zu bemerken, daß nach neuerem Recht im allgemeinen ein Pfandrecht an Immobilien durch Vertrag nicht entsteht.

[8]) Abweichender Ansicht Walch S. 497 ff., 501. — Nur wenn die Eintragung im Grundbuch hinzutritt, kann die Disposition Wirkung gegen Dritte erlangen.

[9]) Die Streitfrage, ob der Retrakt ein dingliches oder persönliches Recht und mit welcher Klage er geltend zu machen sei, ist sehr alt; vgl. Literaturnachweise bei Walch S. 233 ff., v. Wächter I. S. 518 N. 4, Gengler Lehrb. S. 385 N. 25, Dahlmann S. 33 ff. Die meisten Aelteren erklären die Klage des Retrahenten für eine persönliche; Walch selbst vertheidigt ihre Dinglichkeit, indem er irrigerweise überall dem Retrahenten ein Gesammteigenthum oder stillschweigendes Miteigenthum zuschreibt, vgl. S. 104, 108, 112. Schon Runde § 195 sagt dagegen: „das Gesammteigentum als allgemeiner Grund des Retrakts leistet nicht einmal den Dienst einer brauchbaren Hypothese, geschweige historisch erwiesener Wahrheit.“ — Für die Dinglichkeit erklären sich unter den Neueren: Renaud S. 257 f. (weil das Recht gegen jeden Besitzer der Sache geht; vgl. dagegen oben I. § 66. III.), Duncker Reallasten S. 63, besonders N. 95, Beseler § 107. II, Bluntschli § 123 (der innere Grund des Retrakts sei „das nahe Verhältniß des Näherberechtigten zu dem Gute, d. h. ein dingliches Recht“!), Mittermaier § 286, Förster III. § 189. zu N. 15, 63 ff. („ein dingliches Recht auf die Substanz einer fremden Sache“), Hasenöhrl östr. Obl.-R. I. S. 17 N. 69.

[10]) Die Widersinnigkeit dieser letztern Annahme tritt beispielsweise bei der Marklosung hervor: es müßte dann jedes Mitglied der Gemeinde ein dingliches Recht an allen Grundstücken innerhalb des Gemeindebezirks haben. Vgl. dagegen auch Laband S. 162 ff.

persönlichen Klage geltend machen[11]). Wie derjenige, welcher durch ein Delikt verletzt ist, das Recht auf Schadensersatz hat, so kann derjenige, welchem das Gesetz oder ein dinglich wirksamer Vertrag den Anspruch darauf giebt, ein Grundstück vor jedem Andern zu erwerben, mit einer persönlichen Klage fordern, daß der neue Erwerber ihm gegen eine bestimmte Zahlung das Grundstück übertrage[11a]). Die durch die ordnungswidrige Veräußerung erfolgte Verletzung seines rechtlich geschützten Interesses gewährt dem Retraktberechtigten die Befugniß, diese Verletzung mit einer persönlichen Klage zu verfolgen, welche gegen den Erwerber des betreffenden Grundstücks gerichtet wird[11b]).

Während, soweit es sich um ein mit dem Retrakt verbundenes Vorkaufsrecht handelt, der Berechtigte gleich nach seiner Kenntniß von dem Abschluß des Vertrages in denselben als Käufer einzutreten fordern darf, ist der Retrakt gegen den dritten Erwerber des Grundstücks, sei dies nun der erste Käufer oder ein späterer Erwerber, nur möglich, nachdem auf diesen der Besitz durch Tradition oder das Eigenthum durch Auflassung, Insinuation des Vertrages oder durch Eintragung in dem Grundbuch übergegangen ist[12]).

[11]) Es sei dies ein persönliches Recht, sagen Eichhorn § 103 N. d, e, Gerber § 175 N. 3, § 176, Gengler Lehrb. S. 385, 391, Walter § 388, Friedlieb Reall. S. 26, 27, Dahlmann S. 33, Rebling in d. Bl. f. Rechtspfl. in Thür. XX. S. 109.

[11a]) Es ist dies eine actio in rem scripta. — Dagegen polemisirt Laband S. 151—156. Sicherlich hat die actio in rem scripta im Röm. Recht nur eine sehr beschränkte Anwendung. Indessen bezeichnet die neuere Theorie allgemein mit diesem Terminus eine Klage, bei welcher das verpflichtete Subjekt durch den Besitz einer Sache bestimmt wird. Wer also die Retraktsklage für eine persönliche ansieht, kann sie auch als actio in rem scripta bezeichnen.

[11b]) In der ersten Auflage hatte ich mich der Ansicht von Laband angeschlossen (welchem auch Roth B. II. § 142 N. 22 folgt). Laband sagt, daß der Retrahent weder ein Forderungsrecht noch ein dingliches Recht habe; er klage „auf gerichtliche Anerkennung und Feststellung seiner Befugniß, das Eigenthum an dem betreffenden Grundstücke sich einseitig anzueignen.“ Vgl. aber dagegen v. Gerber § 175 N. 3 und v. Meibom in d. Jen. Liter. Z. 1875. S. 821 f.

[12]) Grimm Weisth. V. S. 133 § 19, 194. § 13, Wormser Reform. Anhang (Ausg. von 1561) fol. 161[b], Lüneb. Ref. II. 4. § 1, Sponheim'sches Landr. c. 106, § 11, 12, Kurköln. Landr. XV. § 1, und Erläuterung II. dazu, Trierer Landr. XX. § 1, 3, C. Max. Bav. IV. 5. § 4. — Ebenso nach französ.

4. Das alte Beispruchsrecht der nächsten Erben konnte, außer im Fall der echten Noth, alle Veräußerungen von Grundstücken verhindern; dagegen ist der Retrakt nur bei Verkauf und solchen onerosen Veräußerungen zulässig, bei welchen sämmtliche Verpflichtungen auch von dem Retrahenten übernommen werden können und die Individualität des Erwerbers für den Veräußerer gleichgültig ist[13]).

Also findet kein Retrakt statt bei nur vorübergehenden Uebertragungen des Grundstücks, wie der Zeitpacht[14]), bei der Verpfändung[15]),

---

Coutumes vgl. Schäffner Französ. R.G. III. S. 329, Heusler Gewere S. 357. — Nach Mecklenb. Lehnrecht Roth Meckl. Lehnr. S. 182 N. 31.

Walch S. 88, 270 ff. (hier auch ältere Literatur), Mittermaier § 285 N. 6, Unterholzner Verjährung II. S. 279. N. 715, Renaud S. 267, v. Gerber § 176 N. 8, Gengler Lehrb. S. 390. — Aus der Praxis: Emminghaus S. 553 no. 22. II, Seuffert X. no. 193, XI. no. 274, Bl. f. Rechtspfl. in Thür. XX. S. 104, 105.

Eine Anzahl Schriftsteller und mehrere Partikularrechte sagen, daß die Frist für die Anstellung des Retrakts mit der Kenntniß des Retrahenten von dem Abschluß des Vertrages beginne, Fichard consilia II. no. 34. § 12. Eichhorn § 100, Beseler § 107 N. 11, Walter § 390 N. 3. — II. F. 9. § 1, II. F. 26. § 13, Recht v. Pfeffers § 67 (Grimm VI. S. 372), Hadeler Landr. II. 11 (Pufendorf I. p. 19), Jül.-Berg. Landr. c. 98 (Maurenbrecher I. S. 276 f.), Solmser Landr. II. 12. § 3, Breidenbacher Landbrauch (vgl. Stammler Recht des Breidenbacher Grundes 1882. S. 28 f.), Freiburger Statt. (Kraut § 130 no. 5), Hohenloher Landr. III. 5. § 23, Kehdinger Landr. XXI. § 4 (Pufendorf I. p. 156), Ref. des alten Landes (Pufend. IV. S. 43), Budjadinger Landr. art. 21 (Pufend. IV. S. 605), Baireuther Landes-Constitut. 1722. Tit. VI. § 11 (Arnold Beitr. II. S. 215: „von Zeit der erlangten Wissenschaft des würklich abgeschlossenen Kauffs an, es sey gleich die Uebergabe geschehen oder nicht.“), Würtemb. R. (v. Wächter I. S. 548 N. 102); vgl. auch die Citate bei Dahlmann p. 18 f. — Jedenfalls ist eine Klage auf Herausgabe des Guts oder Uebertragung des Eigenthums gegen den Erwerber nicht früher anzustellen, als bis Eigenthum oder Besitz auf ihn übergegangen ist.

[13]) Vgl. z. B. Solmser Land.-O. II. tit. 12, Preuß. Landr. I. 20. § 575 bis 579, v. Gerber § 176 N. 3. — Ueberall steht dem Kauf die datio in solutum gleich; allein anderer Ansicht Renaud S. 266.

[14]) Doch zuläsfig nach dem Budjadinger Landr. art. 29 und dem Waldecker Recht v. 1811 (Weigel S. 11); ebenso nach dem Breidenbacher Recht, hier erst 1797 aufgehoben, Stammler a. a. O. S. 77.

[15]) Da die alte Satzung in wirthschaftlicher Beziehung einem Verkauf auf Wiederkauf gleichsteht, lassen manche ältere Statuten den Retrakt auch beim Pfandrecht zu, Grimm III. 242. § 1, 346. § 2, 723. § 9, 14, 727. § 8, V. 93. § 16[b], Hadeler Landr. II. 6, Mecklenb. Statuten in der Ztschr. f. R. G. X.

der Schenkung, dem Vergleich, dem Tausch[16]), bei dem sog. Freundschaftskauf, d. h. wenn in Rücksicht auf die Person des Käufers der Kaufpreis niedriger normirt, also eine theilweise Schenkung anzunehmen ist, nicht aber auch wenn der Verkäufer nur den Wunsch hatte sein Grundstück gerade diesem Käufer zuzuwenden[17]). Aus diesem Gesichtspunkt des Freundschaftskaufs ist partikularrechtlich der Retrakt auch unzulässig, wenn der Verkäufer das Gut an den nächsten Erben, besonders ein Bauerngut an seinen Sohn verkaufte[18]); ebenso aber auch wenn der Erwerber dem Veräußerer gegenüber eine Leibzuchtsleistung übernimmt (contractus vitalitius), falls dieselbe nicht bloß zur Lieferung fest bestimmter Quanta von Geld und Fungibilien, sondern zugleich zu individueller Pflege, Speisung, Einräumung von Wohnung u. s. w. verpflichtet[19]).

S. 115, 118, 122; J. Culmense IV. 6. c. 4, Waldeck'sches Gesetz.v. 1525 (Zeitschr. f. d. R. XIII. S. 158 f.), Wildenbr. Landr. II. 3. § 16 (bei antichretischem Pfandr.), Breidenbacher Recht (1797 aufgehoben), Stammler S. 77. — Vgl. auch v. Meibom Pfandr. S. 301 N. 105 und über das alte schwedische Recht v. Amira nordgermanisches Obligationenrecht I. 1882. S. 220 f., 223 f.

[16]) Auch wenn als Gegenleistung ein Grundstück gegeben und außerdem noch Geld bezahlt wird, Seuffert XIII. no. 109. — Wenn der Erwerber für mehr als die Hälfte des Werths des Grundstücks Geld oder zu Geld zu veranschlagende Sachen leistet, sehen zahlreiche Gesetze das Geschäft für einen Kauf an und lassen den Retrakt zu, Frankenh. Statuten II. § 25, 26 (Walch I. S. 274), Jus Culmense IV. 6. c. 8, Kurköln. Reform. XV. § 6, Köln. Ges. v. 1789 § 27 (Maurenbrecher I. S. 457), Breidenbacher Recht (Stammler S. 77 f.), Hohenloher Landr. III. tit. 5. § 19, R. v. Pfeffers 16. Jahrh. § 67a. (Grimm VI. S. 372), Dahlmann S. 44 N. 19. Der Retrahent hat dann dem Käufer außer der verabredeten Geldsumme den Werth der von ihm als Tauschobjekt zu liefernden Sache zu ersetzen. — Gegen die Zweckmäßigkeit dieses Retrakts vgl. Runde Beytr. II. S. 563—580. — Allgemein läßt das Wormser Statut (fol. 162a) den Retrakt bei Tausch zu; es soll das Tauschobjekt zu Geld veranschlagt werden.

[17]) Pr. Landr. I. 20. § 585, Pufendorf III. obs. 40. § 6, Seuffert XIII. no. 110. — Renaud S. 267 leugnet überhaupt, daß der Freundschaftskauf eine Ausnahme bilde. — Doch kann auch bei einem Freundschaftskauf der Berechtigte retrahiren, wenn er dem Verkäufer den ganzen Werth ersetzen will, Walch S. 179 f., Gengler Lehrb. S. 390.

[18]) Würt. R. (v. Wächter I. S. 546 N. 98, Reyscher II. § 430 N. 4), Pr. Landr. I. 20. § 584, Dresdener Urtheil bei Emminghaus S. 551 N. 11. — Abweichend Grimm I. 15. § 48.

[19]) Tirol. Landes-O. III. 2. Abs. 2, Pr. Landr. I. 20. § 581—83, Runde

Wurde ein retrahirbares Objekt mit andern zusammen in demselben Kaufgeschäft und um einen einheitlichen Preis verkauft (Mengekauf, Gesammtkauf), so ist der Retrakt zulässig, nachdem unter Zuziehung von Sachverständigen der Werth des retrahirbaren Grundstücks ermittelt ist[20]). Doch kann auch der mit dem Retrakt in Anspruch genommene Käufer fordern, daß der Retrahent gegen Zahlung des ganzen Kaufpreises die sämmtlichen verkauften Grundstücke übernehme[21]).

Ist der Verkauf unter einer Suspensivbedingung geschlossen, so darf während des Schwebens der Bedingung der Retrakt nicht angestellt werden[22]); dagegen hindert ihn weder eine Resolutivbedingung noch ein dem Verkäufer zustehendes Wiederkaufsrecht; doch muß selbstverständlich der Retrahent das Wiederkaufsrecht auch gegen sich gelten lassen[23]).

Gegenüber der in der neueren Literatur allgemein verbreiteten

Leibzucht S. 508—511, Walch S. 106, Brückner § 827, Emminghaus S. 551 no. 10, Seuffert XIII. no. 51. — In diesem Sinne ist auch Hamb. Stadtr. v. 1292. C. 33 aufzufassen. — Renaud S. 266 f. meint, der Käufer bleibe, auch wenn das Gut retrahirt ist, zur Erfüllung der von ihm übernommenen Verpflichtungen dem Verkäufer verpflichtet und dürfe nur Entschädigung dafür vom Retrahenten fordern.

[20]) Köln. Gesetz bei Maurenbrecher I. S. 453 § 9—11, Württemb. R. (v. Wächter I. S. 546 N. 98, Reyscher II. § 430 N. 2, 3), Hohenloher Landr. III. 5. § 18, Roth II. § 142 N. 25, Sächs. G. B. § 1123, Seuffert XV. no. 236, Walch S. 206 ff. — Der Retrakt sei nur dann zulässig, wenn das retrahirbare Gut mehr als die Hälfte des Kaufobjekts ausmacht, Offenburger Statuten a. 25 (Walch III. S. 138), Coburger Recht (Heimbach § 218 N. 2). — Beim Mengekauf schließt überhaupt den Retrakt aus C. Max. Bav. IV. 5. § 12 no. 2, Gothaisches R. (Heimbach § 218 N. 3), Baden'sches Ges. B. § 1701[ad], Hommel rhaps. 43.

[21]) Pr. Landr. I. 20. § 607 (Förster III. § 189 N. 37), Schwarzburg. Ges. v. 1772 (Kümpel S. 41 ff.), Schletter Jahrbb. I. S. 101, Pufendorf III. obs. 40 § 4, IV. 22, Seuffert XVII. no. 81, Gengler S. 389 N. 27, Dahlmann p. 42 N. 15. — Ueber die Frage, ob, wenn alle Güter retrahirbar sind, sich der Retrahent einzelne für den Retrakt auswählen darf, Solmser L. O. II. 12. § 15, Wildenburger Landr. II. 3. § 17, Trierer Landr. XX. S. 28—30.

[22]) Dahlmann p. 46.

[23]) Solmser Landr. III. 12. § 16, Breidenbacher Recht (Stammler S. 78), Wildenb. Landr. II. 13. § 16, Trierer XX. § 47, Hohenloher Landr. III. 5. § 20, C. Max. Bav. IV. 5. § 4 no. 10; Dahlmann p. 45 N. 26.

Annahme, daß auch bei nothwendigen Subhastationen der Retrakt zulässig sei[24]), ist das Gegentheil zu behaupten, da die Partikularrechte fast durchgängig ihn in diesem Falle ausschließen[25]).

5. Da der Retrakt seiner ursprünglichen Entwickelung gemäß das Mittel ist, um denjenigen Personen, welchen das Grundstück zum Vorkauf hätte angeboten werden sollen, thatsächlich aber nicht angeboten ist, den ihnen dadurch entgangenen Vortheil nachträglich zu verschaffen, so haben sie im Falle des Retrakts alle Verbindlichkeiten zu erfüllen, resp. Leistungen zu thun, welche in dem ihr Recht kränkenden Veräußerungsvertrage der erste Käufer übernommen resp. erfüllt hat. Der Retrahent muß dem Besitzer, von welchem er das Grundstück fordert, den in jenem Veräußerungsvertrage festgesetzten Kaufpreis bezahlen und die mit diesem Vertrage verbundenen sonstigen Auslagen und Unkosten[26]) ersetzen. So weit der Käufer das Kaufgeld bereits bezahlt hatte, soll es der Retrahent baar erlegen; soweit dies nicht der Fall ist, muß er die Schuld des Beklagten übernehmen und das rückständige Kaufgeld in den vom Käufer über-

---

[24]) Literatur über diese Controverse bei Walch S. 146 ff.

[25]) Walch S. 146 behauptet, daß er durch kein Gesetz ausgeschlossen werde; vgl. aber Solmser Ldes.-O. II. 12. § 12, Köln. Landr. XI. § 7, Köln. Ges. v. 1789 § 12 (Maurenbrecher I. S. 453 N.), Jül.-Berg. Edikt v. 1779 (daselbst S. 276 N. 92), Trierer Landr. XX. § 25, Cod. Max. Bav. IV. 5. § 9, kgl. sächs. Gesetz v. 1827 (Emminghaus S. 118 N. 71), Wald. VO. v. 3. Juli 1832, Heimbach § 218 N. 4, 5, Pufendorf I. no. 218, Grefe II. S. 415, 416, Steinacker S. 286 N. 9, Thomas III. S. 102, Platner S. 144 N. 26, Baumeister II. S. 302 N. 35, Zeitschr. f. d. R. XIII. S. 163. Unter allen mir bekannten Quellen läßt allein die Lüneb. Ref. II. tit. 4. § 10, 11 den Retrakt bei nothwendigen Subhastationen innerhalb kürzerer Frist zu. Schwankend die Gesetzgebung von Baselland, Brodbeck in d. Ztschr. f. schweiz. R. XX. S. 37 ff. Das Pr. Landr. I. 20. § 615 f., Hannover'sche Gesetze (Grefe II. S. 415 f.), das Oestr. Ges. B. § 1074 verlangen beim gerichtlichen Verkauf nur die spezielle Vorladung der Retraktberechtigten zum Subhastationstermin, damit sie sich in demselben durch Bieten betheiligen können. — Vgl. auch über die Wirkung eines im Grundbuch eingetragenen Vorkaufsrechts Sächs. G. B. § 1126.

[26]) Weinkaufgeld, Kosten für die Errichtung des Kaufvertrages, Umschreibegebühren u. s. w.; vgl. z. B. Grimm I. 15. § 45 u. Note, 479. § 13, 480. § 5, 6, Tiroler Landes-O. V. tit. 8, Kurköln. Ges. § 25 (Maurenbrecher I. S. 457), Seuffert XI. no. 77; in beschränktem Umfange nach dem Preuß. Landr. I. 20. § 633, 634.

nommenen Fristen und unter denselben Modalitäten bezahlen[27]). Um Simulationen zu begegnen kann der Retrahent die eidliche Erklärung fordern, daß der angegebene Kaufpreis der wirklich bedungene sei und die angegebenen Vertragsbestimmungen der Wahrheit entsprechen[28]).

Befindet sich die Sache nicht mehr in der ersten Hand, sondern ist sie von dem ersten Käufer weiter veräußert, so hat der Retrahent auch dem folgenden Erwerber, von welchem er sie herausverlangt, den bei der ersten Veräußerung festgesetzten Kaufpreis zu zahlen[29]).

6. Die zur Zeit der Anstellung des Retrakts noch stehenden, nicht geernteten Früchte fallen dem Retrahenten zu gegen Ersatz der Bestellungskosten[30]); einzelne Partikularrechte lassen im Zusammenhang mit den ältern Grundsätzen über den Fruchterwerb den beklagten Käufer die Früchte noch bis zum Ende des Wirthschafts-

---

[27]) C. Max. Bav. IV. 5. § 8, Preuß. Landr. I. 2. § 623, 24, 637, 38. — Soweit der Kaufpreis bereits bezahlt ist, genügt es nicht, daß der Retrahent ihn zu zahlen verspricht, sondern er muß ihn baar offeriren, Kedinger Landr. 21. § 2 (Pufendorf I. p. 156), Württ. Ges. v. 1739 (v. Wächter I. 542 f.), Baireuther Landes-Constit. 1722. VI. § 11, C. Max. Bav. IV. 5. § 5, Preuß. Landr. I. 20. § 632. — Abweichend Seuffert XI. no. 274 (Celle). — Renaud's (S. 257, 265, 276 f.) Behauptung, daß der Retrahent nicht in den Kauf eintrete und der Käufer dem Verkäufer noch weiter verpflichtet bleibe, steht im Widerspruch mit allen positivrechtlichen Bestimmungen.

[28]) Nürnb. Ref. 1564. XXIII. 5. § 3, Grimm V. 572. § 17, Hamb. Statt. II. 8. art. 4, Hommel rhaps. 206.

[29]) C. Max. Bav. IV. 5. § 5 no. 6, Preuß. Landr. I. 20. § 635 f.; § 636 sagt, daß wenn bei dem zweiten Geschäft der Kaufpreis niedriger als bei dem ersten war, der Retrahent nur die geringere Summe zahlen soll. Wo partikularrechtlich dies nicht bestimmt ist, kommt es dagegen auf die Verabredungen des ersten Geschäfts an. Aus dem Wesen des Retrakts ist auch zu folgern, daß wenn der zweite Erwerber das Gut zum Geschenk erhielt, er doch den Kaufpreis aus dem ersten Veräußerungsgeschäft fordern kann, Renaud S. 277. — Abweichend von der communis opinio behaupten Mittermaier § 287 N. 19 und Walter § 390 N. 10, 11, daß der Beklagte nur so viel erhält als er selbst gezahlt hat, aber bei einer Schenkung an ihn der Retrakt ganz fortfällt.

[30]) C. Max. Bav. IV. 5. § 11, Walch S. 222 f., Seuffert X. 194, XX. 152. — Nach der Praxis von Celle (Bülow u. Hagemann III. no. 2, Seuffert XII. no. 56) soll nicht die Zeit der Anstellung des Retrakts, sondern der Moment entscheiden, in welchem Retrahent das Kaufgeld zu erlegen bereit ist.

jahres ziehen[31]). Dem Käufer sind die von ihm vorgenommenen Meliorationen nach den Grundsätzen über den Ersatz der impensae des bonae fidei possessor von dem Retrahenten zu ersetzen[32]); hatte er das Gut in der Zwischenzeit deteriorirt[33]), so muß er sich einen entsprechenden Abzug am Kaufpreise gefallen lassen[34]). Insbesondere bleiben die von ihm bestellten Hypotheken und auferlegten Servituten in ihrem Bestande[35]); aber der Beklagte muß, wenn er für die Belastung ein Aequivalent bekommen hat, dasselbe dem Retrahenten herausgeben, resp. sich auf die von diesem zu zahlende Summe anrechnen lassen[36]).

Der zur Herausgabe des Grundstücks verurtheilte Käufer hat, wenn der betreffende Retrakt auf einer Rechtsquelle beruhte oder im Hypothekenbuch eingetragen war, gegen seinen Veräußerer keine Schadensklage, da er die Retrahirbarkeit des von ihm gekauften Objekts kannte oder kennen mußte[37]). Nur wenn der Veräußerer erklärt hatte, daß

[31]) Grimm I. 480. § 5, Würtemb. Landr. II. 16. § 22 ff., Pr. Landr. I. 20. § 643. Eine Theilung der Früchte pro rata temporis schreibt das Kurkölner Gesetz von 1789 § 24 (Maurenbrecher I. S. 456) vor.

[32]) Schlaizer Statt. bei Walch VIII. S. 114, Kurköln. Ges. § 26 bei Maurenbrecher I. S. 457, Trierer Gesetz ebendaselbst II. S. 177 N., Preuß. Landr. I. 20. § 640. — Renaud S. 278, Gengler Lehrb. S. 392, v. Gerber § 176 N. 12, Dahlmann p. 53 seq. geben dem Beklagten den Ersatzanspruch nur für die impensae necessariae und das jus tollendi für die utiles und voluptuosae; Walter § 394 nimmt auch in Betreff der letzteren den Anspruch auf Ersatz an.

[33]) Um künftige derartige Ansprüche auszuschließen, verpflichten ältere Partikularrechte den Besitzer, sich innerhalb der Zeit, in welcher der Retrakt möglich ist, aller durchgreifenden Veränderungen des Guts zu enthalten, Trierer Unter-Ger. O. (Maurenbrecher II. S. 177 N.), Solmser L. O. II. 12. § 20, C. Max. Bav. IV. 5. § 10 no. 3.

[34]) Walch S. 221 f., 582 f. — Pr. Landr. I. 20. § 641, Wildenbrucher Landr. II. 3. § 3. — Renaud S. 278 f., v. Gerber § 176 N. 12, Walter § 391 N. 3 nehmen diese Verpflichtung nur an, wenn der Beklagte dolos gehandelt oder die Deteriorationen erst nach angemeldetem Retrakt vorgenommen hat.

[35]) Das entgegengesetzte behauptet Walter § 391 N. 3, weil der Besteller nur ein revokables Eigenthum gehabt habe; vgl. auch C. Max. Bav. IV. 5. § 10. no. 3, 4.

[36]) Dahlmann p. 52.

[37]) Vgl. die bei Dahlmann p. 58. N. 2 angeführten; Dahlmann p. 58 seqq. selbst ist anderer Ansicht.

er das Grundstück frei vom Retrakt veräußere, ist ein Rückgriff auf ihn zulässig[38]).

7. Da der Retrakt zum Schutz der Interessen einzelner Personen oder Personenklassen eingeführt ist, soll Niemand seine Retraktberechtigung einem Andern cediren[39]) oder im Interesse eines Andern ausüben und es kann der Beklagte, wenn er Argwohn hegt, daß der Kläger ein fremdes Interesse begünstigt, die eidliche Versicherung fordern, daß dies nicht der Fall sei[40]).

Manche Quellen fordern, daß der Retrahent auch die Absicht haben solle, das Gut zu behalten und nicht etwa bald wieder zu veräußern[41]), oder daß er es eine bestimmte Zeit hindurch behalten solle[42]).

8. Der Retrahent kann die Veräußerung nur innerhalb einer kurzen Zeit, häufig Jahr und Tag nach seiner Kenntniß von dem Verkauf resp. nach dem Uebergange des Besitzes oder Eigenthums

[38]) Hommel rhaps. 37, Renaud S. 279 f., Walter § 391. III.

[39]) Selbstverständlich kann der nächst Berechtigte auf den Retrakt zu Gunsten des auf ihn folgenden Berechtigten verzichten, Jus Culmense IV. 6. c. 3. — Nach dem Trierer Recht (Maurenbrecher II. S. 178) war gegen das Wesen des Retrakts im Falle der Erblosung, wenn nur noch ein berechtigtes Familienmitglied existirte, demselben gestattet, seine Berechtigung zu cediren. — Allgemein behauptet die Cessibilität Platner S. 143 N. 20.

[40]) Grimm Weisth. IV. S. 618. § 6, V. S. 572. § 17, R. v. Wimpfen v. J. 1404 in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. IV. S. 417, Urk. v. J. 1424 bei Schröder Urkk. no. 277, Jül.-Berg. Landr. c. 94, Hamb. Statt. II. 8. 4, Preuß. Landr. I. 20. § 594, 95. — Vgl. auch Renaud S. 274 f., Beseler § 107 N. 2. — Grimm I. S. 479. § 10, S. 495. § 10 bestraft denjenigen, welcher für einen Andern abtreibt.

[41]) Kurköln. Landr. XV. § 4, Sponheim'sches Landr. 106. § 6, 8, Wildenbruch'sches Landr. II. 3. § 15; wenn er später die Absicht hat zu veräußern, darf er es thun, Sponh. Landr. a. a. O., Losungs-O. bei Walch III. S. 330. — Wormser Reform. V. 1. 1: eine Veräußerung soll nur mit Erlaubniß des Raths und aus ehrbaren Ursachen erfolgen.

[42]) Zwei Jahre, Jahr und Tag hindurch, Grimm Weisth. V. S. 572. § 17, VI. S. 372. § 67[b], Recht des Alten Landes, im Archiv des Vereins zu Stade IX. 1882. S. 142. § 50, Bern. Stadtr., bei Manuel Verjährungslehre im bernischen Stadtrecht S. 57, Nürnb. Ref. 1564. XXIII. § 5, Köln. Ges. v. 1789 § 20 (Maurenbr. I. S. 456), v. Wächter I. S. 544 f., Walch S. 124.

Wo es an solchen Bestimmungen fehlt, ist die Weiterveräußerung nicht zu behindern, Seuffert II. no. 215.

(vgl. oben N. 12) auf den Käufer anfechten[43]). Doch weichen die Partikularrechte in der Bestimmung der Fristen sehr bedeutend unter einander ab und unterscheiden auch, ob die Veräußerung öffentlich bekannt gemacht, ob ein Angebot an die Retraktberechtigten erfolgt ist u. s. w. Um die Unsicherheit des Erwerbs zu vermindern, ist in vielen Rechten jener alte, von dem Revokationsrecht her entlehnte Termin verkürzt[44]). Für die sich im Auslande befindenden[45]) und für die minderjährigen zum Retrakt berechtigten Personen sind öfter längere Fristen angeordnet[46]), während an anderen Orten sie nicht privilegirt sind und gegen den Ablauf der Frist keine Restitution zu beanspruchen haben[47]).

Hatte der Veräußerer den Berechtigten von seiner Absicht zu veräußern in Kenntniß gesetzt, so läuft demselben regelmäßig eine

---

[43]) Walch S. 284 ff., Unterholzner Verjährung II. S. 277 f. — II. F. 9. § 1, II. F. 26. § 13, Grimm W. III. 13, Lüneb. Ref. II. 4. § 1; Trierer Recht (Maurenbr. II. S. 174), Thomas III. S. 103, v. Wächter I. S. 310, 540, Budjadinger R. c. 21 (Pufend. IV. S. 605), const. Sax. II. 32 (vgl. darüber Emminghaus S. 555 no. 28, S. 833 no. 40). — Es kommen auch längere Fristen vor, 9 Jahre Grimm I. 16. § 49, 3 Jahre und 3 Tage Grimm I. 46. § 17.

[44]) 6 Monate: Kurköln. Landr. XV. § 1, Jül.-Berg. Landr. c. 98; 4 Monate: Trierer Landr. XX. § 1, 3; 3 Monate: Solmser LO. II. 12. § 3, Baireuther L.-Const. 1722. VI. § 11; 12 Wochen: Wurster Landr. c. 6 (Pufend. I. p. 72); 2 Monate: Sponheimer Landr. c. 106. § 9; 6 Wochen: Statt. f. Duisburg § 19 (Gengler c. j. mun. I. p. 958), verwandte Stadtrechte bei Schröder in der Zeitschr. f. RG. IX. S. 415 f., Walch Beytr. III. S. 330, Osterstader Landr. § 3 (Pufendorf III. p. 8, 18, 23); 14 Tage: Grimm III. S. 551; 7 Nächte: Grimm V. 158. § 11; 3 Tage: Grimm VI. 632. § 6.

[45]) 30 Jahre 6 Wochen 3 Tage nach dem R. v. Hadeln II. 11 (Pufendorf I. p. 19), 9 Jahre Grimm I. 16. § 49, I. 46. § 17; 2 Jahre Trierer Landr. XX. § 4; Jahr u. Tag Jülich-Berg. Landr. 98, Grimm III. S. 551, Pufendorf III. p. 8, 18, 23. § 3 u. s. w. Oder es soll für sie die Frist erst von ihrer Anwesenheit an laufen Solmser LO. II. 12. § 4, Wildenbrucher Ldr. II. 3. § 7 u. s. w. — Nach dem Salzb. Taiding S. 175 Z. 26 ist die allgemeine Frist 14 Tage; entfernt wohnenden Verwandten ist schriftlich Nachricht zu geben; ist ihr Aufenthalt nicht bekannt, so läuft ihnen die Frist von Jahr und Tag.

[46]) Trierer Ldr. XX. § 4, Solmser Ldes.-O. II. 12. § 4; Unterholzner II. 280 N. 717.

[47]) C. Max. Bav. IV. 5. § 4, 9, Maurenbrecher I. S. 276 N. 91, S. 452. § 5, Seuffert VII. no. 82. — Ueber die Frage wegen der Restitution der Minderjährigen Gaill obss. II. no. 19. § 17 f., Walch S. 279.

kürzere Frist, um in den Vertrag einzutreten[48]). War aber weder ein solches specielles Angebot noch ein allgemeines öffentliches Aufgebot erfolgt, so werden vielfach die Grundsätze von der allgemeinen Klagenverjährung zur Anwendung gebracht[49]).

9. Die Befugniß den Retrakt anzustellen erlischt im einzelnen Falle:

a) wenn der Käufer vor Anstellung der Klage das Gut an seinen Verkäufer zurücküberträgt oder an einen gleich oder näher stehenden Retraktberechtigten veräußert[50]);

b) nach den meisten Quellen auch, wenn der Veräußerer seine Absicht zu veräußern in der vorgeschriebenen Form kund that oder das Gut speziell dem Retraktberechtigten zum Vorkauf anbot und dieser sich in der gesetzlichen Frist nicht erklärte oder den Verkauf an den Dritten gestattete[51]). Dagegen bestimmen andere Partikularrechte, indem sie den Retrakt als ein selbständiges, von dem Vorkaufsrecht unabhängiges Recht betrachten, daß der Berechtigte den Retrakt auch anstellen darf, nachdem er von dem Vorkaufsrecht keinen Gebrauch gemacht hat[52]);

---

[48]) 8 Tage Offenburger Statuten (Walch III. S. 139); 14 Tage Nürnb. Ref. XXIII. § 5, Schlaizer Statt. (Walch VIII. S. 114); 4 Wochen Frankenhauser Statt. II. 24 (Walch I. S. 272); 30 Tage Oestr. GB. § 1075, Sächs. GB. § 1122; 6 Wochen Budjad. R. 19; 2 Monate Hamb. Statt. II. 8. art. 4, Preuß. Landr. I. 20. § 610.

[49]) II. F. 9; Köln. Gef. v. 1789 § 16 (Maurenbr. I. 454), Trierer Landr. XX. § 18, Braunschw. Lüneb. VO. v. 1753 (30 Jahre a dato des Verkaufs, Leonhardt Rechtsverhältnisse am Grundeigenthum 1843. S. 14), v. Stemann II. S. 258, Praxis von Jülich-Berg Maurenbr. I. S. 277 N. 3, Preuß. Ldr. I. 20. § 646, 647 (von dem Tage, daß der Käufer in das Hypothekenbuch eingetragen ist), Unger II. S. 281 N. 92.

[50]) Pufendorf III. obs. 40. § 5, Emminghaus S. 551 ff. (no. 12. I. no. 16. I, no. 19, 21, 22. I, 23), Seuffert XIII. no. 111. — Cod. Max. Bav. IV. 5. § 12, Preuß. Landr. I. 20. § 618. — Wenn aber die Rückübertragung nach Anstellung des Retrakts stattfindet, wird dadurch die Klage nicht zurückgewiesen; a. M. Renaud S. 268 f., welcher dann nur eine Interessenklage gegen den ersten Käufer zuläßt, qui dolo malo fecit, quominus possideret. — Vgl. die Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten bei Walter § 392 N. 5, Dahlmann § 70 seqq.

[51]) Walch S. 250 ff., v. Gerber § 176 N. 14, 15, Gengler Lehrb. S. 393 ff., Seuffert VII. no. 344 (Jena).

[52]) Münchener Stadtr. 153, Neumärk. Poliz. O. v. 1540 (Heydemann

c) durch sonstigen Verzicht, welcher im allgemeinen auch darin zu finden ist, daß der Retraktberechtigte bei der Veräußerung zugegen ist, ohne zu widersprechen[53]);

d) durch Ablauf der für die Geltendmachung des Retrakts bestimmten Zeit (vgl. no. 8);

e) durch den Tod des Retraktberechtigten vor Anstellung der Klage, falls nicht auch in der Person seines Erben die Retraktklage begründet ist[54]).

§ 90. Die einzelnen Arten des Retrakts.

Indem wir wegen einzelner längst antiquirter Arten des Retrakts auf die frühere Darstellung verweisen (vgl. § 88 N. 16 ff.), sind hier nur die Grundsätze für diejenigen Arten zusammen zu stellen, welche am längsten praktische Bedeutung behielten, jetzt freilich aber auch nur noch sehr beschränkte Anwendung finden.

I. Die Erblosung (retractus gentilitius, consanguinitatis)[1]). In weitester Verbreitung[2]) schwächte sich das Beispruchsrecht der

---

Joachim. Constitution S. 269), Lüneb. Ref. II. 4. § 1, Würtemb. R. (Reyscher II. § 434 N. 1). — Dahlmann p. 22. — Renaud S. 281 ff. und Platner S. 144 N. 23 wollen mit Unrecht dies als die Regel ansehen.

[53]) Schon der Sachsenspiegel II. 6. § 4 sagt: svelke gave die man siüt, oder svelk ordel die man vinden hort, ne weder redet he des tohant nicht, dar na mach he's nicht weder reden, vgl. auch Thudichum Gau- u. Markverfassung S. 203. — Doch gehen die Partikularrechte eben so wie es zu b) bemerkt ist, auseinander, indem manche aus der bloßen Anwesenheit auf keinen Verzicht schließen; der Berechtigte habe sich vielleicht noch die Sache überlegen wollen, habe vielleicht erst später die Geldmittel für den Retrakt aufgebracht u. s. w. Eine Zusammenstellung verschiedener Bestimmungen bei Walch S. 255 ff., 285, Dahlmann p. 24 seq.; Solmser LO. II. 12. § 8, Trierer Ldr. XX. § 23, Wildenbr. Ldr. II. 3. § 13, C. Max. Bav. IV. 5. § 13, Jül.-Berg. Ldr. c. 98. — Die Ausfertigung des Kaufbriefes von Seiten einer retraktberechtigten Person in ihrer amtlichen Eigenschaft enthält keinen Verzicht, Seuffert XII. no. 180.

[54]) Walch S. 315 N. 3 und Renaud S. 274 behaupten, daß auch wenn der Erblasser litem contestirt hatte, kein Uebergang auf die Erben stattfindet.

[1]) Vgl. über dieselbe Pufendorf obs. I. no. 133, Grefe II. S. 410 ff., Thudichum Gau- und Markverfassung S. 200 ff., Zimmerle Stammgutssystem S. 232 ff., 254 f.

[2]) Ueber die Verbreitung und Ausbildung der Erblosung im fränkischen

nächsten Erben im Fall von onerosen Veräußerungen bereits im Mittelalter zu einem Vorkaufs- und Retraktrecht ab. Der Veräußerer soll das Gut zunächst seinen Verwandten zum Kauf anbieten (§ 87 N. 50). Hatte er dies unterlassen, so konnten die Verwandten mit dem Retrakt, der sog. Erblosung, das aus dem Familienkreise herausgekommene Gut wieder an sich ziehen. So wie im Lauf des Mittelalters das Beispruchsrecht der nächsten Erben auf ererbte Immobilien, auf Erb- und Stammgüter eingeschränkt wurde[3]), unterlagen nach vielen Partikularrechten auch nur die Erbgüter (die von den Eltern oder den Großeltern her ererbten Güter) dem Retrakt[4]), während allerdings manche andere ganz allgemein von Immobilien sprechen oder ausdrücklich bestimmen, daß auch die wohlgewonnenen, vom Veräußerer selbst erworbenen Güter den Verwandten vor der Veräußerung anzubieten sind[5]).

Das Beispruchsrecht stand nur den zur Zeit der Veräußerung nächsten Erben zu. In Erhaltung des historischen Zusammenhanges lassen viele Partikularrechte auch zum Retrakt nur die nächsten Erben zu[6]), andere dagegen geben den nächsten Blutsverwandten[7]) nur einen

---

Gebiet Schröder Zeitschr. f. R. G. IX. S. 410 ff. — Als ein ehemals gemeinrechtliches Institut darf man sie aber selbst für das Mittelalter nicht erklären, vgl. über diese Frage Walch S. 361 f., Strube Nebenst. V. S. 60 ff. Gegen Renaud's Ansicht vgl. oben I. § 5 N. 9. Selbst v. Gerber § 177 spricht von der Erblosung als der „ehemals gemeinrechtlichen Art des Retrakts".

[3]) Vgl. oben § 87 N. 38 ff.

[4]) Braunschw. Stadtr. bei Pufendorf IV. p. 103 f. (Steinacker S. 286), Lüneb. Ref. II. 4. § 1, Bremisches Ritterrecht XIII. § 1, Statt. v. Schlaiz (Walch VIII. S. 114), Lbr. v. Lingen v. 1642 III. § 21 (v. Kamptz Jahrbb. XLVI. S. 339: adlige Stamm- und Erbgüter), über Jülich-Berg Maurenbrecher I. S. 275 N. 87. — Vgl. auch die Citate bei Dahlmann p. 14 seq. — Nach Preuß. Landr. II. 4. § 231 nur solche Güter, welche „wenigstens schon von zwei Mitgliedern der Familie nach einander, den gegenwärtigen Veräußerer ungerechnet, besessen worden".

[5]) Jus Culmense IV. 6. 1, Kurköln. R. bei Maurenbrecher I. S. 459, Baireuth. L.-Const. 1772. VI. § 1 (Arnold II. S. 212), C. Max. Bav. IV. 5. § 8 no. 4; vgl. auch v. Stemann II. S. 257, Walch S. 372 ff., Dahlmann p. 13 seq.

[6]) Statt. v. Duisburg 15. Jahrh. § 18 (Gengler c. jur. munic. I. p. 958), Schröder Ztschr. f. R. G. IX. S. 415; Statt. v. Frankenhausen II. 23 (Walch I. S. 272), Sponheim'sches Lbr. c. 106. § 2, Lbr. v. Lingen (N. 4), Zimmerle S. 201 N. 15. — Dies war auch der Sinn des langob. Lehnrechts vgl. Schröder

Vorrang, lassen aber, wenn sie verzichten oder ihr Recht nicht ausüben, auch entferntere zu. Dabei findet aber vielfach die Beschränkung auf solche Verwandte statt, welche Descendenten des ersten Erwerbers des Guts sind[8]). Uebrigens wird der Kreis der retraktberechtigten Verwandten bald enger, bald weiter bestimmt[9]). Auch die eigenen Kinder des Veräußerers haben den Retrakt[10]) und werden nur partikularrechtlich dann ausgeschlossen, wenn sie seine Erben geworden sind[11]) oder sich noch in seiner väterlichen Gewalt befinden[12]), es sei

---

Ztschr. f. R. G. V. S. 288. — Nach Hamburger Stadtr. (vgl. Kraut § 70 no. 20): Angebot an die beiden nächsten Erben.

[7]) Nur immer Blutsverwandte und Personen, welche diese Grundstücke erben können; nach Preuß. Landr. II. 4. § 233: nur Agnaten. — Die Berücksichtigung der Schwägerschaft im Kehdinger Ldr. 21. § 1 (Pufendorf I. S. 155) ist durchaus singulär.

[8]) Köln. Ldr. XV. § 2, Ges. v. 1789. § 4 (Maurenbr. I. S. 452 N.) Lüneb. Ref. II. 4. § 1, Hohenloher Ldr. III. 5. § 3 u. 5, Wolfenb. Sdtr. 1602. art. 13 (Steinacker S. 286), Schlesw. G. 1703. § 6 (v. Stemann II. S. 370). Wo diese, dem langob. Lehnr. entlehnte Beschränkung nicht partikulär ausgesprochen ist, darf sie nicht präsumirt werden. Anderer Ansicht Walch S. 312.

[9]) Nur die Kinder, Würt. Statutarrechte bei v. Wächter I. S. 309 N. 3. — Descendenten und Geschwister Hohenloher Ldr. III. 5. § 3. — Descendenten, Geschwister u. Geschwisterkinder Braunschw. Stdr. (Pufendorf IV. p. 104). — Descendenten, Ascendenten und Collateralen, falls das Gut aus ihrer Familie herrührt, Baireuther Ldes.-Const. 1772. VI. § 1 ff. — Verwandte bis zum 4. Grade: Tiroler Landesordnung V. 8, C. Max. Bav. IV. 5. § 3. — Bis zum 3. Gliede: R. des alten Landes (Pufend. IV. p. 43), Budjad. Ldr. 18. (Puf. IV. p. 604), Lüneb. Ref. VI. 5. § 1, schweiz. Weisth. (Grimm V. 70. § 12). — Bis zum 5. Grade Solmser L. O. II. 12. § 17, Wormser G. (Reform. fol. 161[b]). — Bis zum 6. Grade, Köln. G. 1789. § 4 (Maurenbr. I. S. 452.) — Bis zum 4. Gliede: Stadtr. v. Wimpfen 1404 (Schröder Ztschr. f. R. G. IX. S. 417), R. v. Pfeffers § 67 (Grimm VI. 373), Trier. U. G. O. (Maurenbrecher II. S. 179), Trierer Ldr. XX. § 45. — Bis zum 10. Grade Wildenbr. Ldr. II. 3. § 4, Köln. Ldr. XV. § 1. — Andere Mittheilungen bei Walch S. 366 ff.

[10]) Luzerner Stadtr. art. 106, C. Max. Bav. IV. 5. § 3 no. 6, Pufendorf II. obs. 4. § 6 ff., Hommel rhaps. 267, Walch S. 328 f., Seuffert XI. no. 78[a], 274.

[11]) z. B. nach dem R. v. Schlesw.-H., v. Stemann II. S. 258, 370.

[12]) Trierer U. G. O. (Maurenbr. II. S. 173), Trierer Ldr. XX. § 10, Jülich-Cl. Ldr. c. 98, Köln. G. 1789. § 3 (Maurenbr. I. S. 451), Schlesw. VO. 1773. § 6 (v. Stemann II. S. 370), Sponheim'sches Ldr. 106. § 3, 4,

denn, daß sie eigenes Vermögen besitzen, über welches sie frei verfügen dürfen[13]).

Unter verschiedenen Verwandten hat der nähere vor dem entfernteren den Vorzug[14]); da jeder den Retrakt nur aus seiner Person geltend macht, bleibt bei Bestimmung der Gradesnähe das Repräsentationsrecht außer Betracht[15]). Unter mehreren gleich nahen Verwandten entscheidet entweder die Prävention[16]) oder das Loos[17]) oder sie werden zum Retrakt pro rata zugelassen[18]).

Hat die Veräußerung an einen Verwandten stattgefunden, so können die dem Veräußerer näherstehenden Verwandten retrahiren[19]); Partikularrechte schließen aber den Retrakt ganz aus, wenn der Erwerber zu dem näheren Verwandtenkreise gehört[20]).

II. Die Marklosung (retractus ex jure incolatus). Während früher an vielen Orten den nicht zur Gemeinde gehörigen Personen der Erwerb von Grundstücken innerhalb der Gemeindeflur ganz untersagt war, hatten anderwärts die Gemeindemitglieder, sei es

---

Wildenbr. Ldr. II. 3. § 11, Frankenhauser Statt. II. 23, Lüneb. Ref. II. 4. § 1, Landb. v. Klosters S. 33.

[13]) Köln. Ges. 1789. § 3 (Maurenbr. I. S. 451).

[14]) Köln. Ldr. XV. § 5, Preuß. Ldr. II. 4. § 234, 235, Kraut § 130. no. 5 u. s. w. Nach der Praxis von Jülich-B. entschied die Prävention, Maurenbr. I. S. 275. — Seuffert XX. no. 240 (Celle): es dürfe aber der Beklagte nicht einwenden, daß sich ein näherer Berechtigter gemeldet habe (exceptio de jure tertii).

[15]) Lüneb. Ref. II. 4. § 3, C. Max. Bav. IV. 5. § 3 no. 4. — Vgl. aber auch Preuß. Ldr. II. 4. § 239 und Walch S. 370 f.

[16]) Wildenbr. Ldr. II. 3. § 4, Preuß. Ldr. II. 4. § 237.

[17]) Solmser L. O. II. 12. § 18, Lüneb. Ref. II. 4. § 4, Köln. Ldr. XV § 5, Hohenl. Ldr. III. 5. § 3, Wildenbr. II. 3. § 5, Trierer XX. § 7, Preuß. Ldr. II. 4. § 238.

[18]) Hadeler Ldr. II. 11, Solmser L. O. II. 12. § 18, Wildenbr. II. 3. § 5, Trierer Ldr. XX. § 6, Sponh. Ldr. 106. § 5, Wildgräfl. LosungsO. 1600 (Walch Beytr. III. S. 329).

[19]) C. Max. Bav. IV. 5. § 12 no. 6, Köln. G. 1789. § 8 (Maurenbr. I. S. 452), Renaud S. 271; ja die Lüneb. Ref. II. 4. § 5 läßt auch den gleich nahen Verwandten auf einen Theil retrahiren (vgl. N. 18). — Anderer Ansicht Walch S. 359.

[20]) Trier. U. G. O. (Maurenbr. II. S. 175): „Jemandt auß der verwandter freundtschafft"; Trierer Ldr. XX. § 20, Solmser L. O. II. 12. § 19, franz. Coutumes bei Renaud S. 271 N. 70, Pr. Landr. II. 4. § 232.

nach altem Recht[21]), sei es in Folge späterer Gesetzgebung[22]) gegenüber dem Eindringling nur ein Vorkaufs- und Retraktrecht[22a]). Doch war diese Marklosung oder der Bürgerretrakt nicht gerade weit verbreitet[23]). Auch hier ist die Klage regelmäßig in Jahr und Tag anzustellen[24]). Melden sich mehrere Gemeindegenossen, so geht derjenige vor, welcher die Klage zuerst angebracht hat[25]).

Durch die Reichsverfassung ist die Marklosung nicht aufgehoben. Denn Art. 3 bestimmt nur, daß der Angehörige eines jeden Bundesstaates in jedem anderen Bundesstaate zur Erwerbung von Grundstücken unter derselben Voraussetzung wie der Einheimische zuzulassen ist. Die Marklosung führt aber Beschränkungen auch für die in

---

[21]) Grimm Rechtsalterth. S. 531, 607, Thudichum Gau- u. Markvf. S. 205 ff., Gierke Genossenschaftsrecht I. S. 172 N. 52, 53, S. 605 N. 61, II. S. 201 N. 16, Kraut § 86. no. 24. — Vgl. auch oben I. § 82 N. 8. — Ueber den Bürgerretrakt in den Städten v. Maurer Städteverfassung II. S. 812 ff.

[22]) Ueber Würtemberg v. Wächter I. S. 310 und Würt. Ldr. II. 16. § 17 ff., und daraus Hohenloher Ldr. III. 5. § 11, 12. — In Wien eingeführt durch Privileg von 1623 (Tomaschek Rechte von Wien II. S. 195 ff.). — Der Bürgerretrakt wurde noch im Jahre 1753 in 5 hannoverschen Städten eingeführt, Grefe II. S. 413.

[22a]) Im Landbuch von Davos S. 83 findet sich die Abweichung, daß der Retrahent nicht den von dem Erwerber gezahlten Kaufpreis, sondern den zur Zeit des Retrakts wirklichen Werth zu erlegen hat.

[23]) Walch S. 458 ff. — In Baiern: C. Max. Bav. IV. 5. § 16, Baireuther Ldes.-Const. 1772. VI. § 7 (Arnold II. S. 213), Dinkelsbühler Statt. 1738. VI. § 10 (a. a. O. S. 315). — Breidenbacher Recht (Stammler Recht des Breidenbacher Grundes S. 78). — In Meckl. Städten, Böhlau Zeitschr. f. R.G. X. S. 112 und Buchka u. Budde Entsch. V. S. 111 ff., auch Neubauer Zusammenstellung S. 138, und zwar hier nicht bloß beim Verkauf, sondern auch bei antichretischer Verpfändung und, unbeschränkt durch die einjährige Verjährung, jeder Zeit zulässig. — Ueber Thüringen Rebling in den Bl. f. Rechtspfl. in Thür. XX. S. 105 ff.

[24]) z. B. Grimm V. 92. § 16[a] u. [b]. — Neun Jahre und neun Tage Grimm I. S. 46. § 17. — Nach St. Galler Weisthümern (Grimm I. 219, 224, 233) sollte der Kauf in 7 Nächten nach seiner Bekanntmachung widersprochen werden, nach dem Dinkelsbühler Stdtr. 14. Jahrh. § 16 (Gengler c. jur. munic. I. p. 789) innerhalb eines Monats. — Nach ältern Weisthümern verjährte diese Berechtigung niemals, Grimm W. I. S. 15. § 45, III. S. 414. § 8, 416. § 6, Landbuch v. Davos S. 83 und oben N. 23.

[25]) Würt. Ldr. a. a. O., Brückner § 845.

einer anderen Gemeinde desselben Staats wohnenden Deutschen herbei, ist also durch das Prinzip der Reichsverfassung nicht betroffen, welches die Angehörigen der verschiedenen Staaten einander gleichstellen will[26]).

III. Die Nachbarlosung (das Fürnossenrecht[27]), der retractus ex jure vicinitatis), welche gleichfalls nur in einzelnen, besonders frisischen und sächsischen Gegenden galt[28]), gab den nächsten Nachbarn bei bäuerlichen Grundstücken[29]), aber auch in Städten[30]) das Recht, ein an andere Personen veräußertes Gut zu retrahiren. Ihre Berechtigung stand regelmäßig dem Recht der Verwandten nach[30a]); über den Vorzug unter den verschiedenen Nachbarn galten sehr mannigfaltige Bestimmungen[31]).

IV. Die Theillosung oder das Gespildrecht[32]) (retractus ex jure congrui). Wie man überhaupt die Vereinigung der ehemals zu demselben Grundstück gehörigen Stücke beförderte (Reunionsklage des Gutsherrn, des Besitzers des Hauptguts u. s. w.), suchte man

---

[26]) Böhlau die Wandelung des Heimathrechts 1873 S. 28, Laband Staatsrecht I. S. 179 N. 2; vgl. auch Bl. f. Rechtspfl. in Thür. XX. S. 103 f.

[27]) Die Ableitung des Worts fürnosse ist zweifelhaft; vgl. Grimm-Weigand Wörterb. IV. S. 784.

[28]) Hadeler Landr. II. 11, Butjad. 24—26, Billwärder Landr. 66 (Lappenberg S. 340, wo sich N. 28 auch weitere Nachweisungen finden), Hammerbröker Recht (Hübbe) S. 107 N. 2, v. Stemann II. S. 259 N. 1, Grefe II. S. 412 f., Meckl. Stadtrechte in d. Ztschr. f. R. G. X. S. 115, 118 f., Preuß. Landr. I. 20. § 650 ff. — Aber doch auch in Mittel- und Süddeutschland: über Frankfurt Schröder in d. Zeitschr. f. R. G. IX. S. 418. — Hessische VO. v. 1797 § 31 (Stammler S. 79 f.). — Baireuth. L. Const. 1772. VI. § 6: nur wenn den Umständen gemäß wegen Bauten, Wasserleitungen, Ein- und Ausfahrten ohne den Retrakt „Gezänck und Strittigkeiten entstehen dörfften". — Grimm W. III. 724. § 14, V. 145. § 32. — Hohenloher Landr. III. 5. § 13. Walch S. 77 f., Pufendorf obs. I. 133. § 12, III. 41, IV. 21.

[29]) Bülow und Hagemann IV. no. 8.

[30]) Vgl. die Nachweisungen über Stadtrechte in N. 28.

[30a]) Abweichend nach der Hessischen VO. v. 1797 (vgl. N. 28).

[31]) Vgl. die Anführungen bei Pufendorf (N. 28), Walch S. 520. — Der Nachbar zur rechten Hand, derjenige, welcher an der nächsten Fahre liegt, Ztschr. f. R. G. X. S. 118, 119; derjenige, welcher die längere Grenze darbietet u. s. w. Altes Ldr. v. Sanen v. 1598. § 15 (Ztschr. f. schweizer. R. IX. 2. S. 111).

[32]) Von Spalten.

dies Ziel auch durch den Retrakt zu erreichen. Bei Veräußerung eines Grundstücks, welches ehemals einen Bestandtheil eines größeren Guts ausgemacht hatte[33]), sollten die Besitzer der übrigen Stücke, die Theilgenossen (getheilen)[34]) den Retrakt gegen den Erwerber anstellen dürfen. Dies war nicht bloß bei Landgütern[35]), sondern auch bei Häusern zulässig, wenn mehrere jetzt selbständige Häuser ehemals zusammengehört hatten und sich unter demselben Dach befinden[36]). In alter Zeit war die Theillosung weit verbreitet[37]) und vor anderen Retraktarten begünstigt[38]); auch erhielt sie sich in einzelnen Partikularrechten, welche andere Fälle beseitigt hatten[39]). Wann die Spaltung des Guts geschehen ist, soll gleichgültig sein und das Recht nicht verjähren[40]). Melden mehrere Getheilen ihren Retrakt an, so hat der Besitzer des größeren Stücks den Vorzug[41]).

V. Das Ganerbenrecht, der Retrakt aus dem Miteigenthum, wonach, wenn eine Sache mehreren Personen nach ideellen Quoten gehört, bei der Veräußerung einer Quote die Miteigenthümer ein Vorkaufs- oder Retraktrecht haben; vgl. oben § 82 N. 17, 18[41a]).

---

[33]) Handelt es sich um zwei verschiedene Güter, welche früher denselben Herrn gehabt hatten, so findet kein Retrakt statt, Hommel rh. 206.

[34]) Ueber getheilen vgl. Stobbe in d. Ztschr. f. R. G. IV. S. 223 N. 14.

[35]) Zinslosung, wenn die verschiedenen Stücke auch nach der Theilung einen gemeinschaftlichen von dem Zinsträger zu entrichtenden Zins zahlen, Frohnlosung, wenn auf den Stücken gemeinschaftliche Frohnden als Reallast ruhen; Walch S. 492 ff.

[36]) Walch S. 485, Gengler S. 396 f. — Baden'sches G. B. 1701[ab]. — Waldecker Gesetz v. 1752, Ztschr. f. d. R. XIII. S. 160.

[37]) Vgl. oben § 88 N. 1, 2, 4; die meisten hier citirten Stellen aus Weisthümern sprechen von der Theillosung; andere Stellen bei Gierke Genoss.-R. II. S. 204 N. 30. — v. Wächter I. S. 523 ff., Bair. Ldes.-C. 1722. III. § 3 (Arnold II. S. 200). — Walch S. 481.

[38]) Die Theillosung soll der Erblosung vorgehen, Grimm W. I. 25, 35, 106, 304, III. S. 550, Schwarzb. Ges. 1721 bei Kraut § 131 no. 13, Thomas Fulda II. S. 198. — Umgekehrt geht die Erblosung vor nach der Tiroler Landesordnung V. 8.

[39]) z. B. Statt. v. Langensalza bei Kraut § 135 no. 5.

[40]) Offenburger Statuten c. 24 (Walch III. S. 137).

[41]) Hohenl. Ldr. III. 5. § 10; Hommel rh. 206. — Wer den meisten Zins giebt, Grimm III. S. 550; wer dem Herrn für den Zins von dem ganzen jetzt getheilten Gut einzustehen hat, Offenb. Statt. c. 27 (Walch III. S. 140), v. Wächter I. S. 309; es soll das Loos entscheiden, Offenb. Statt. c. 27.

[41a]) Der Retrakt aus dem Ganerbenrecht, von welchem zahlreiche Schöffen-

VI. **Der Retrakt des Grundherrn** (retractus ex jure dominii directi)[42]). Wo dem Bauern die Veräußerung des Guts gestattet war, galt er doch vielfach als verpflichtet, dasselbe dem Gutsherrn zum Vorkauf anzubieten und hatte dieser bei Unterlassung des Angebots den Retrakt. Dasselbe galt auch vielfach für in Erbleihe ausgethane Häuser[43]). Auch trug die gemeinrechtliche Geltung des jus protimiseos bei der Emphyteuse dazu bei, den Retrakt des Gutsherrn zu befestigen und zu verbreiten[44]). Mit Beseitigung des sog. getheilten Eigenthums hat er seine Geltung verloren[45]).

VII. **Der Retrakt des Lehnsherrn und der Agnaten** bei Veräußerung des Lehnguts durch den Vasallen; vgl. unten § 124 VI.

VIII. Der Retrakt dessen, welcher sein Grundstück durch Expropriation verloren hat, in dem Falle, daß dasselbe für die Zwecke der Expropriation überflüssig geworden ist; vgl. unten § 92 N. 51.

---

sprüche des Breidenbacher Landgebrauchs handeln, ist mit dem oben erwähnten Retrakt nicht gleichbedeutend. Denn im Sinne jenes Landgebrauchs sind die Ganerben nicht Gesammthänder oder Miteigenthümer, sondern die zu derselben Sippe gehörigen Personen, so daß ihr Retrakt Erblosung (I) ist. Für die Auffassung Stammler's (Recht des Breidenbacher Grundes. Breslau 1882. S. 27), daß die Güter im Breidenbach'schen der ganzen Sippe gehören, daß aber nur Einer die Rechte des Eigenthums ausübe, finde ich in den von ihm mitgetheilten Quellen keine Motivirung.

[42]) Walch S. 397 ff.

[43]) Schwabensp. 36 (v. Laßberg S. 22a). — Grimm III. S. 343 § 11, 663, 706. § 6, 723 a. E., 725, 736. § 17. — Stdtr. v. Wimpfen 1404 (Schröder Ztschr. IX. S. 417), v. Bamberg IV. § 42—44 (Zöpfl S. 15 f.), v. Duisburg 15. Jahrh. § 18 (Gengler c. jur. munic. I. p. 958). — Nürnb. Ref. 1564 XXIII. 5, 13, Wormser Ref. V. 2. tit. 2 (fol. CVIb), Frankf. R. II. 5. § 3, 4, II. 15. § 7, 8 (Schröder Urkk. no. 260 [1. Aufl. no. 241]), Wildenbr. Ldr. II. 7. § 2—4. — Baireuth. L.-Const. 1722. VI. § 9 (Arnold II. S. 214). — Arnold Eig. in den Städten S. 154 f., 179 f., Pfeiffer Meierrecht S. 117 f. — Ueber Würt. R. v. Wächter I. S. 524 ff., es läßt diesen Retrakt auch zu, nachdem der Herr in die Veräußerung gewilligt hat. — C. Max. Bav. IV. 5. § 14. — Preuß. Ldr. I. 18. § 710—712. — Grefe I. S. 346.

[44]) Doch ist die Annahme von Walch S. 403 unbegründet, daß er überall bestehe, wo man dem Bauern ein dominium utile zuschreibe. — In Oestreich bestand dieser Retrakt nicht als gesetzlicher; vgl. oben § 88 N. 31.

[45]) In Baiern wird er 1808 und 1818 abgeschafft, Arnold Beitr. II. S. 214 N. 2.

Werden mit Bezug auf dasselbe Grundstück von mehreren Personen Retraktrechte aus verschiedenen Rechtsgründen geltend gemacht, so ist der Vorrang derselben nach dem Gesetz zu bestimmen[46]). In Ermangelung gesetzlicher Grundlage entscheidet die Prävention und schließlich das Loos. Das Zusammentreffen mehrerer Retraktgründe in derselben Person gewährt an sich keinen Vorzug[47]).

Vierter Abschnitt. Erwerb des Eigenthums an Grundstücken.

I. § 91. Erwerb des Eigenthums an Gütern, welche in Niemandes Eigenthum stehen.

I. Im Gegensatz gegen die ursprüngliche Auffassung, daß an herrenlosen Grundstücken Eigenthum durch Occupation erworben werde, und gegen die lange Zeit hindurch weit verbreitete Berechtigung der Gemeindeglieder, Stücke der Almende durch Cultivirung (Rodung) zu Privateigenthum zu gewinnen[1]), bildete sich im fränkischen Reich mit Erstarkung der königlichen Gewalt der Grundsatz aus, daß herrenloses Land, gleichviel ob es bisher nie in Jemandes Eigenthum stand oder ob es derelinquirt ist, dem Könige gehöre und daß es zu seiner Besitznahme der königlichen Genehmigung bedürfe[2]). Dies Prinzip kam auch in Deutschland zur Geltung[3]) und es ent-

---

[46]) Einzelnes darüber ist in den vorstehenden Noten angegeben. Vgl. auch Hohenloher Landr. III. 5. § 17, Preuß. Landr. I. 20. § 587—593 und Walch S. 506 ff., 537 ff.

[47]) Entgegengesetzt bestimmt das Hohenloher Landr. a. a. O.; dieselbe Auffassung vertritt Runde § 196.

[1]) Vgl. darüber Beseler der Neubruch nach dem älteren deutschen Rechte 1868, Gierke Genossenschaftsrecht I. S. 68 N. 28, II. S. 146 ff., v. Inama-Sternegg deutsche Wirthschaftsgeschichte I. 50 f., 82 f., 208 ff.

[2]) Roth Benef.-Wesen S. 69—73, Waitz Verf. G. IV. S. 116, VIII. S. 256 f., 263 N. 5, Inama-Sternegg S. 281 f., Schröder in d. Ztschr. für Rechtsgesch. XV. S. 62 ff. — Letzterer nimmt an, daß nach fränkischem Recht der König Eigenthum oder Obereigenthum an allem Grund und Boden gehabt habe; vgl. dagegen Inama-Sternegg S. 92 f.; ich glaube, daß man nur ein königliches Hoheitsrecht behaupten darf.

[3]) Beseler in der Ztschr. f. R. G. II. S. 402 f. — Heinrich II schenkt im J. 1018 einem Kloster einen Wald, quandam silvam inviam et incultam, et ob hoc nostrae proprietati deputatam (Böhmer acta imperii I. no. 41). — Altenburger Stadtr. v. 1256. § 24 (Gengler Stadtrechte S. 7): quicunque

wickelte sich demgemäß ein landesherrliches Regal, welches in Partikularrechten anerkannt[4]), und in der gemeinrechtlichen Literatur vertheidigt wurde[5]). Daneben galt aber auch die Ansicht, daß herrenloses Land innerhalb einer städtischen oder Gemeindeflur der Gemeinde gehöre[6]).

Wo es aber an derartigen gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Bestimmungen fehlt[7]), kommt der römische Satz zur Anwendung, daß res nullius durch Occupation zu Eigenthum erworben werden. Der Occupant wird Eigenthümer, ohne daß es seiner Eintragung im Grundbuch bedarf.

II. Da sich schon im ältern deutschen Recht über die insula in flumine nata, den alveus derelictus und die avulsio ähnliche Bestimmungen wie im römischen Recht finden, gelten dieselben im allgemeinen auch nach neuerem Recht.

Daß die in Privatflüssen entstandenen Inseln den Anliegern gehören, ist selbstverständlich, da ihnen das Flußbett gehört[8]).

---

proprietatem suam infra civitatem per annum et diem desertam reliquerit, potestati Imperii hec proprietas asscribetur.

[4]) Ueber Baier. R. Roth I. § 36 (§ 34) N. 44 ff. — Preuß. Landr. I. 9 § 15, II. 16. § 3, 18 ff. — Code civ. art. 539, 713. — Nach dem sächs. G. B. § 294 werden Grundstücke, welche zu derelinquiren der Eigenthümer vor Gericht erklärt hat, wie erbloses Gut behandelt. — Nach Würt. R. (Reyscher II. § 293. 2) schlägt die Obrigkeit die Grundstücke demjenigen zu, welcher sich zuerst zu ihrem Anbau erbietet. — Vergl. auch Sachse § 246, 276. — Für das Oestreichische Recht behauptet Strohal zur Lehre vom Eigenthum an Immobilien 1876 S. 163 ff., daß es für den Eigenthümer unmöglich sei, das Eigenthum an einem im öffentlichen Buch eingetragenen Grundstück durch Dereliktion aufzugeben.

[5]) Vgl. Literatur bei Maurenbrecher § 189 N. 1, Mittermaier § 201 N. 6. — Auch Eichhorn § 286 sagt, daß über den Boden, der nicht für Eigenthum einer Privatperson gehalten werden kann, nur vermöge der Staatsgewalt zu verfügen sei. — Gegen dieses Regal bereits Strube Bedenken IV. no. 109.

[6]) z. B. Erk. des Preuß. O. Trib. 20. Aug. 1821: „Einer Stadt gebührt vermöge ihres Weichbildrechts das Eigenthum an den innerhalb ihres Weichbilds gelegenen Gütern, welche nicht Anderen aus einem besonderen Titel gebühren". — Baier. Entw. III. art. 151: die Gemeinde erlange an derelinquirtem Gut „einen Eigenthumstitel".

[7]) Keine derartigen Beschränkungen enthält das Oestr. G. B. § 381 ff.

[8]) z. B. Purgoldt II. 8, Preuß. Landr. I. 2. § 245, Roth B. § 290 N. 10, 11.

Für öffentliche Flüsse galt nach römischem Recht dasselbe; die Insel wird Eigenthum der anliegenden Grundbesitzer und zwar in der Art, daß die gegenüberliegenden Grundstücke an ihr gemäß einer durch die Mitte des Flusses gezogenen Linie partizipiren[9]). Dasselbe bestimmt bereits der Sachsenspiegel, ist auch heutiges gemeines Recht und in Partikularrechten anerkannt[10]). Indessen werden nach einzelnen Rechten die Uferbewohner nicht ohne weiteres Eigenthümer, sondern haben nur die Befugniß, durch Occupation das Eigenthum zu erwerben[11]).

Doch galt daneben auch vielfach die Annahme, daß der öffentliche Fluß und sein Bett Staatsgut sei (vgl. oben § 64 N. 47) und wurden demgemäß die in öffentlichen Flüssen entstandenen Inseln für regal, für Eigenthum des Kaisers oder der Landesherrn erklärt[12]). Dies fiskalische Recht ist in zahlreichen Partikularrechten auch der Gegenwart beibehalten[13]).

---

[9]) Vgl. neuerdings über röm. Recht Henrici zur Lehre vom Inselerwerb, in v. Ihering's Jahrb. XIII. S. 57—88 und XV. S. 313—331.

[10]) Sachsensp. II. 56. § 3: Svelk werder sik ok erhevet binnen enem vliete, swelkeme stade he nar is, to deme stade hort die werder; is he vormiddes, he hort to beiden staden. — Seuffert IX. 8 (Celle), XXVI. no. 221 (Berl.). — Altenb. Wassergesetz v. 18. Oktob. 1865. § 49. — Ueber das Ziehen der Theilungslinie nach Preuß. R. Förster III. § 173 N. 25 ff.

[11]) Preuß. Ldr. I. 9. § 244 ff.

[12]) Urk. v. J. 1148 (Bodmann rheingauische Alterth. S. 604): per generalem sententiam adjudicata est (insula in confinio illorum de B.) ipsi Archiepiscopo eo, quod omnes insulas ipse habeat ab Imperio. — Reichsgerichtsurtheil v. J. 1294 (Mon. LL. II. p. 461): Quod si insula nata est in Rheno vel alio flumine in comitatu alicujus comitis, qui in ipso flumine recipit telonia et conductus . . . eadem insula potius spectat ad imperium et ad ipsum comitem, quam ad alium dominum, cujus districtus protenditur ad ripam fluminis praelibati. — Mit Unrecht glaubt Beseler § 200 N. 13 und Hauser (in s. Ztschr. f. Reichs- und Landesrecht I. 2. S. 127 ff.), daß hier nur ein einzelner Fall entschieden, aber kein allgemeines Prinzip aufgestellt werde. — Freilich ist das allgemeine Prinzip nicht überall durchgedrungen.

[13]) Ueber sächsisches Recht vgl. Kraut § 90 no. 2, Haubold § 231 u. Schmidt S. 228; über die scheinbar entgegenstehende Bestimmung des sächs. G. B. § 281 vgl. Schmidt S. 228 f. — Vgl. ferner Pufendorf IV. no. 239 (für Belgien, Friesland, Oldenburg, die Rheinpfalz mit Bezug auf Rhein, Ems und Weser), Grefe II. S. 109. — Baier. Ges. v. 1852, bei

III. Mit dem römischen Recht übereinstimmende Grundsätze gelten auch für den alveus derelictus, indem das verlassene Flußbett den Ufereigenthümern gehört[14]). Hatte der Fluß ein neues Bett gewonnen und dieses später wieder verlassen, indem er in das alte zurückkehrte, so gehört das neuere Bett nicht denen, deren Eigenthum es ehemals gewesen, sondern es wird nach den Regeln vom alveus derelictus behandelt[15]).

IV. Ebenso stimmen die deutschen Grundsätze über Alluvion mit dem römischen Recht überein. Während aber nach altem Recht der Grundbesitzer in Gegenwart des Gerichts unter feierlichen Formen das angespülte Land in Besitz zu nehmen hatte[16]), wird er jetzt ohne weiteres Eigenthümer und bedarf keiner Occupation[17]). Par-

---

Kraut § 90 no. 9 („Eigenthum des Staats", Roth B. III. § 284 N. 6, § 285 N. 17); Oestr. G. B. § 407: „Inseln auf schiffbaren Flüssen bleiben dem Eigenthum des Staats vorbehalten"; C. civ. 560. — Falck V. S. 156 nimmt dies auch für Holstein an, während es Seuffert XXVI. no. 221. S. 330 dafür bestreitet. — Ueber Kurhessen Endemann Wasserrecht S. 12 f. — Nach dem Preuß. Ldr. I. 9. § 243, II. 15. § 67 entscheidet über die Frage das Provinzialrecht; nach dem Preuß. G. v. 4. Aug. 1865 art. 3 bleibt für einige Pommer'sche Distrikte der Satz des Provinzialrechts bestehen: „Inseln in öffentlichen Flüssen sind kein Vorbehalt des Staats". — Vgl. auch Gengler Lehrb. S. 213 f.

Nach dem Münchener Recht v. 1724 (Auer S. LXVIII) gehören die in der Isar entstehenden Inseln nicht dem Landesherrn, sondern der Stadt.

Ueber den Fall, daß die neu sich bildende Insel näher einer bereits im Eigenthum stehenden Insel, als dem Ufer ist, vgl. das Erkenntn. bei Seuffert XXVI. no. 221 mit der Nachschrift von Preußer und die Abhandlung von Henrici (N. 9).

[14]) Sachsensp. II. 56. § 3, Preuß. Landr. I. 9. § 270, 271 vgl. mit § 263—265 (soweit nicht nach Provinzialrecht der Fiskus berechtigt ist, II. 15. § 68, 69), Oestr. § 409, 410, Sächs. G. B. § 282, Code civ. 563, Altenb. Wassergesetz v. 18. Okt. 1865. § 49, Roth B. § 282 N. 60, Seuffert XXXV. no. 186. — Bei öffentlichen Flüssen gehört nach Bair. Recht das Eigenthum an dem verlassenen Flußbett dem Staat, Roth B. III. § 284 N. 5, § 290 N. 4.

[15]) Hesse in v. Ihering's Jahrbb. VII. S. 198 f.

Giebt der Staat dem Fluß einen neuen Lauf, so soll nach Preuß. Landr. II. 15. § 70, 71 und nach der Praxis des Stuttg. O. Trib. (Schletter Jahrbb. VII. S. 99, Seuffert XIII. no. 208) der Staat über das verlassene Flußbett die Disposition haben, während nach Hesse a. a. O. S. 199 auch hier die Anlieger das Eigenthum erwerben.

[16]) Interessante Mittheilungen bei Grimm Rechtsalterth. S. 184—186.

[17]) Salzb. Taid. S. 158 Z. 4 ff., Preuß. Landr. I. 9. § 225—228, 232 ff.,

tikulär gilt für den Anwuchs in öffentlichen Gewässern die Regalität[18]).

V. Im Zusammenhang mit der Alluvion behandeln wir den, streng genommen, nicht hieher gehörigen Fall der Avulsion. Auch über den Eigenthumserwerb an Land, welches durch das Wasser weggerissen ist, gilt nach Partikularrechten dasselbe, wie nach römischem Recht[19]). Doch wird der römische Satz, daß das Eigenthum als erworben gilt, wenn das abgerissene Stück mit dem Ufer verwachsen ist[20]), in Partikularrechten dahin modifizirt, daß innerhalb bestimmter Zeit, innerhalb eines Jahres, der alte Eigenthümer sein Land wieder zurücknehmen darf und daß später der Eigenthümer des verbreiterten Ufers sei es von selbst Eigenthum erwirbt[21]), sei es durch Besitzergreifung es sich zueignen kann[22]).

C. civ. art. 556—558, Oestr. § 411, Sächs. G. B. § 282, 83; neues baier. R. bei Roth II. § 139 S. 158 ff. — Vgl. auch Seuffert XXIV. no. 189, XXVI. no. 129. S. 329, XXXI. no. 305 und Burchardi über die Gültigkeit des röm. jus alluvionis im Gebiete des gem. Rechts in Deutschland, in Hauser's Ztschr. f. Reichs- u. Landesr. 1873. I. S. 98—147, wo sich auch Zusammenstellungen über das Partikularrecht finden. — Verlandungen in Folge künstlicher Anlagen zu Flußkorrektionen gehören nach Partikularrechten dem Unternehmer, Roth B. III. § 284 N. 9, § 285 N. 10; über Verlandungen im Rhein Badische Gesetze von 1856 und 1870.

[18]) So in Schleswig-Holstein Falck III. S. 424, Paulsen § 53, v. Stemann II. S. 263 f., ebenso nach früherem baier. R. Roth B. II. § 139 N. 6 ff., III. § 285 N. 11.

[19]) Der Eigenthümer verliert sein Land durch die avulsio: Sachsensp. II. 56. § 2, Schwabensp. 370. I, Ruhrrecht v. 1452 bei Grimm Weisth. III. S. 44 (Grimm R. A. S. 80 no. 2, S. 548), Altdithm. Landr. v. 1447. § 37, zweites Landr. art. 181.

Nach Hannöver'scher Bestimmung von 1697 (Grefe II. S. 109) verbleibt das abgerissene Land, wenn es sich im Strom zu einer Insel bildet, dem früheren Eigenthümer; nach baier. R. wird die Insel fiskalisch, wenn der Eigenthümer nicht innerhalb eines Jahres sein Recht geltend macht; vgl. die Citate aus Roth in N. 21.

[20]) Vgl. auch Purgoldt II. c. 7; Sächs. G. B. § 282.

[21]) Tirol. W. I. S. 116 a. E., S. 124 Z. 36 ff., II. S. 358 Z. 15 ff., Purgoldt II. c. 6, Oestr. G. B. § 412 (Unger II. S. 283), Roth B. II. § 139. 2, Altenb. Wassergesetz v. 18. Okt. 1865. § 52, Roth B. III. § 284 N. 7, 8, § 285 N. 14 ff., § 290 N. 8, 9.

[22]) Preuß. Landr. I. 9. § 223, 224, C. civ. art. 559.

II. § 92. Der von dem Willen des bisherigen Eigenthümers unabhängige Erwerb des Eigenthums von Grundstücken, insbesondere die Enteignung.

In zahlreicheren Fällen, als nach römischem Recht, findet heut zu Tage ein Eigenthumserwerb an Immobilien unabhängig von dem Willen des bisherigen Eigenthümers statt.

Es gehört hierher die nothwendige Subhastation[1]). Im Gegensatz gegen die allgemeinen Grundsätze über den Eigenthumserwerb zufolge freiwilliger Veräußerung geht bei der Zwangsversteigerung das Eigenthum auf den Ersteher mit dem gerichtlichen Zuschlag oder mit der Einhändigung des Zuschlagsprotokolls über[2]), unabhängig von der Tradition oder der Eintragung im Grundbuch[3]). Der richterliche Ausspruch giebt das Eigenthum. Wo dies Prinzip rück-

[1]) Vgl. Dernburg I. § 343, 345—353, Strohal zur Lehre vom Eigenthum von Immobilien. Graz 1876. S. 108—130, Regelsberger Bair. Hypothekenrecht S. 409—419, Exner (Beißer) Oestr. Hypothekenrecht S. 347 ff. Andere Grundsätze treten bei der freiwilligen Subhastation ein, Strohal S. 129 f.

[2]) Preuß. Ldr. I. 11. § 342: „Ingleichen gehen bei gerichtlichen nothwendigen Verkäufen, durch den Zuschlag, Eigenthum, Nutzung, Gefahr und Lasten auf den Käufer über, wenngleich selbiger die erstandene Sache noch nicht in Empfang genommen hat." — Preuß. G. v. 30. Mai 1873 für den Bezirk des Justizsen. zu Ehrenbreitstein § 3. — Preuß. G. v. 29. Mai 1873 für Kurhessen § 5: „Im Zwangsversteigerungs- und im konkursmäßigen Verkaufsverfahren geht das Eigenthum durch den rechtskräftigen Zuschlagsbescheid, jedoch erst nach Zahlung oder Stundung des Zuschlagspreises auf den Ersteher über". — Bremische Handfesten-O. v. 1860 § 10, 12, 13 (durch Einhändigung des Zuschlagsprotokolls), Strohal S. 110 ff., 113 ff., 125 und in Grünhut's Ztschr. IX. S. 669, Regelsberger S. 415 (in s. civilrechtl. Erörterungen S. 195 vertheidigt er, daß, wo das Eigenthum an Grundstücken durch Eintragung in die öffentlichen Bücher bedingt ist, der Zuschlag nur einen Titel auf Eintrag giebt). Seuffert XIX. 17 (Darmst.), XXIV. 214 (Oldenburg). — Abweichend nimmt v. Meibom Meckl. Hypothekenrecht S. 214 an, daß die Subhastation ein Zwangsverkauf sei und daß dieser Kaufvertrag der Titel sei, unter welchem der weitere, das dingliche Recht übertragende Akt erfolge. Er erkennt aber an, daß die obige Ansicht in zahlreichen Partikularrechten enthalten sei.

[3]) Der Ersteher wird im Grundbuch nach der Kaufgelderbelegung eingetragen, Dernburg § 350. 1. — Preuß. Ges. v. 29. Mai 1873 § 5 für Kurhessen: „die Eintragung des Eigenthumsüberganges . . . erfolgt auf Ersuchen des Versteigerungsgerichts". — Sächs. VO. v. 9. Jan. 1865 § 199. — Strohal S. 113 f., 126.

haltlos zur Durchführung gebracht ist, erscheint die Subhastation als eine originäre Erwerbsart und wird der Ersteher auch dann Eigenthümer, wenn das subhastirte Grundstück dem Schuldner nicht gehörte[3a]). Die Subhastation ist kein Zwangsverkauf[3b]) und der Eigenthumserwerb erfolgt nicht auf Grund eines Vertrages zwischen dem Ersteher und dem Schuldner, dessen Grundstück versteigert wird. Weder verkauft der Eigenthümer oder der Gläubiger das Grundstück, noch ergänzt oder ersetzt der Richter den Consens dieser Personen als ihr Stellvertreter[4]), vielmehr ordnet das Gericht auf Antrag der Gläubiger die Veräußerung an und thut nicht als Contrahent, sondern aus staatlicher Autorität den Spruch, daß der Meistbietende Eigenthümer werden und die von ihm in dem Gebot abgegebenen Versprechungen erfüllen soll[5]). Weder der Eigenthümer noch die Gläubiger haften für Fehler, für Eviktion u. s. w.[6]), wie dies sonst der Verkäufer muß, vielmehr treten in dieser Beziehung gleiche Grundsätze, wie bei der Expropriation ein. Auch bekommt weder der

---

[3a]) So unbedingt nach Preuß. R.; vgl. Entsch. des Reichsger. II. no. 70 und Jäckel die Subhastationsordnung v. 15. März 1869. 2. Aufl. 1880 S. 110. — Anders für das Bairische Recht Seuffert XXXV. 294 und Regelsberger S. 415.

[3b]) Exner S. 234 f. — Dagegen spricht schon der Umstand, daß der Eigenthümer in der Zwangsversteigerung sein eigenes Grundstück kaufen darf, Exner S. 233, Römer Württ. Unterpfandsrecht S. 210.

[4]) Dies ist die Ansicht von v. Meibom S. 210 ff.

[5]) Ueber die Controverse des gemeinen und des Preuß. Rechts, ob der Eigenthümer oder die Gläubiger als Veräußerer anzusehen seien und ob eine Vertretung derselben durch das Gericht stattfinde, vgl. Förster III. § 194 N. 33 ff.; er selbst erklärt sich dafür, daß die Gläubiger das Grundstück Kraft eigenen Rechts, nicht als Stellvertreter des Eigenthümers verkaufen und daß dem Gericht nur die formelle Leitung zustehe. — Für die im Text vertretene Ansicht vgl. Strohal S. 111 f., Exner S. 233, Römer S. 205 ff., Seuffert XXXI. no. 193.

[6]) Nach Preuß. Recht (I. 20. § 216) besteht eine viel geringere Gewährschaftsverbindlichkeit als beim Verkauf; und auch diese ist als singulär anzusehen. Vgl. auch Sächs. GB. § 950, Zürich. GB. § 1478. — Es kommt in Betracht, daß bei dem Aufgebot alle diejenigen, welche Eigenthumsansprüche oder sonstige die Veräußerung hindernde Rechte zu haben vermeinen, zur Anmeldung derselben aufgefordert werden und daß, wenn dieselben nicht erhoben werden, Präklusion eintritt. Es kann demgemäß nach neuestem Recht gar nicht zu einer Eviktion des Grundstücks kommen.

Eigenthümer noch der Gläubiger den Kaufpreis, sondern es wird derselbe nur zur Befriedigung des letztern verwendet[6a]).

Ferner geht das Eigenthum unabhängig von dem Willen des Eigenthümers über bei der Adjudikation[7]), bei dem Retrakt (§ 89. 3), im Fall der Gemeinheitstheilungen[8]), des Arrondirungsverfahrens, indem die ländlichen Grundbesitzer zu Folge des Gesetzes verpflichtet werden, ihre Grundstücke behufs der Zusammenlegung neu zu gestalten[9]) u. s. w. Der wichtigste Fall ist der der Expropriation[10]).

[6a]) Strohal S. 112 f., 125 f.

[7]) Reyscher II. § 286 N. 8, Roth II. § 137, vgl. aber auch Strohal S. 92—95.

[8]) Braunschw. Ges. v. 8. März 1878 § 1: Der Eigenthumsübergang erfolgt mit dem Tage, an welchem der Receß von der Landesökonomie-Commission dem betreffenden Grundbuchamt mit dem Ersuchen um Vornahme der Eintragung zugestellt wird. — Vgl. auch Dernburg u. Hinrichs Preuß. Hypothekenrecht S. 217 ff.

[9]) Oben § 84 N. 12.

[10]) Literatur: Treichler in d. Ztschr. f. d. R. XII. 1848. S. 123—166. — Burckhardt in d. Ztschr. f. Civ. R. u. Proz. N. F. VI. 1849. S. 208—247. — Häberlin in d. Arch. f. civ. Pr. XXXIX. 1856. S. 1—47, 147—218. — Martin in d. Arch. f. prakt. RW. IX. 1862. S. 64—98, 169—202. — Gruchot Beiträge IX. 1865. S. 74 ff. — Wolff einzelne Fragen aus dem Expropriationsrecht, in d. Arch. f. prakt. RW. N. F. III. 1866. S. 240—272. — A. Thiel das Expropriationsrecht und das Expropriationsverfahren. Berl. 1866. — Georg Meyer das Recht der Expropriation. Leipz. 1868. — Lor. Stein Verwaltungslehre VII. 1868. S. 292—342. — Laband im Arch. f. civ. Pr. LII. 1869. S. 169—182. — Rösler Verwaltungsrecht I. § 195—200. — Grünhut d. Enteignungsrecht. Wien 1873. — v. Rohland zur Theorie und Praxis des deutschen Enteignungsrechts. Leipz. 1875 (Kritik von Pözl in d. krit. Viertelj.-Schr. XVIII. S. 276—278). — Pražák das Recht der Enteignung in Oesterreich. Prag. 1877. — Gengler Priv. R. (3. Aufl.) § 50. — Ueber Partikularrechte: Förster II. § 131, Dernburg I. § 34. — Roth B. II. § 141. — Baumeister I. S. 264—279. — Steinacker § 174, 175. — Falck III. S. 485 f., V. S. 143 ff. — Bertram Nassau § 432, 946 (1. Aufl. § 418, 920). — Platner S. 148 ff. — Heimbach § 189 N. 3 und über die Thür. Praxis: Rebling in den Bl. f. Rechtspflege in Thür. u. Anh. XX. 1873. S. 247—267, 273—297. — Ueber die verschiedenen Partikularrechte: Neubauer Zusammenstellung des in Deutschland geltenden Rechts betreffend verschiedene Rechtsmaterien. Berl. 1880. S. 1—47, und dazu einige Nachträge Neubauer Zusammenstellung 1881. S. 96 f. — Ueber wasserrechtliche Enteignungsfälle Randa Wasserrecht 2. Aufl. S. 56 ff., Baron

Expropriation, Enteignung ist das in dem öffentlichen Recht wurzelnde, durch besondere Gesetze normirte und von der Autorisation staatlicher Organe abhängige Recht des Staats oder anderer Personen (Gemeinden, Corporationen, Privatpersonen), von einem Grundeigenthümer die Abtretung seines Eigenthums oder einzelner dinglicher Rechte gegen volle Entschädigung zu fordern. Der Expropriirende hat ein in abstracto durch das Gesetz, in concreto durch die Staatsorgane anerkanntes Recht auf den Erwerb des Eigenthums oder eines jus in re. Wegen dieser Natur des Enteignungsrechts stellen wir dasselbe in die Lehre von dem Erwerb des Eigenthums [11]).

Bei der Expropriation wird der Conflikt zwischen den Interessen des Staats, der Gemeinde oder der Gesellschaft und zwischen dem ihnen entgegenstehenden, hinderlichen jus quaesitum des einzelnen Bürgers oder sonstigen Eigenthümers zum Nachtheil des letztern gelöst; er ist verpflichtet, sein wohlerworbenes Recht aufzugeben, hat aber Anspruch auf vollen Ersatz seines vermögensrechtlichen Verlustes.

Wenn auch die rechtliche Ausbildung der Enteignung erst in moderner Zeit erfolgt ist, so kennt doch auch schon das ältere Recht einzelne Fälle, in denen der Eigenthümer zur Abtretung seines Eigenthums genöthigt werden kann [12]). Ganz besonders galt die

---

in d. Ztschr. f. gesch. Rechtswiss. II. S. 60, 65, 68, 86 ff., 144. — Vgl. im allgemeinen v. Ihering Zweck im Recht I. S. 512 ff. — Ueber die Literatur vgl. Meyer S. 76 ff., 151 ff. und Stein S. 316—319. — Zur Dogmengeschichte Gierke Johannes Althusius 1880. S. 268 ff., 291 f., Genossenschaftsrecht III. S. 617 ff., 705 N. 43.

[11]) Die systematische Stellung wird sehr verschieden angeordnet: v. Gerber und Förster stellen die Expropriation in das Obligationenrecht, Walter zu den Regalien, Dernburg in den allgemeinen Theil im Abschnitt: „Conflikt des öffentlichen und Privatrechts“, Haubold (§ 191ª) und Steinacker zu den Beschränkungen des Eigenthums, Beseler, Reyscher (II. § 293), Gengler (Lehrb. S. 242 f. und Privatrecht), Baumeister, Roth B. II. § 141 in die Lehre vom Erwerb und Verlust des Eigenthums.

[12]) Ich mache auf diese Vorläufer der Expropriation aufmerksam, da regelmäßig behauptet wird, daß sie der älteren Zeit ganz fehlte und der Gedanke der Expropriation dem germanischen Rechtsgefühl widersprach, vgl. z. B. Meyer S. 71 ff. — In älterer Zeit bestanden solche Verpflichtungen auch im Privatinteresse; Ed. Roth. 231: wenn A dem B eine ancilla verkauft, deren Eigen-

Stadtgemeinde als berechtigt, sich eines Hauses innerhalb des Weichbilds zcu irer nodtturfft zu unterwinden; es sei dies gemeines, geistliches und weltliches Recht und in vielen Städten anerkanntes Gewohnheitsrecht[13]). Die Grundeigenthümer waren ferner verpflichtet, sich zwangsweise Beschränkungen in der Ausübung ihres Eigenthums gefallen zu lassen, insbesondere zu gestatten, daß Andere von ihrem Gut Sand, Lehm, Rasen u. s. w. gegen Entschädigung fortholen[14]).

Am bestimmtesten entwickelte sich in den Bergordnungen seit dem 15. Jahrhundert die Verpflichtung der Grundeigenthümer, wenn

---

thümer C sie mit Erfolg vindicirt, so muß A die bei dem B gebornen Kinder pro suo dispendio erwerben und dem C übertragen. Die Kinder gehören dem B, aber er muß sie dem A gegen Entschädigung abtreten, quatinus filii matre sequantur.

Der Schenkwirth, der Bäcker muß Wein oder Brod verkaufen; hat der es Begehrende kein bares Geld, so soll der Bäcker oder Schenkwirth ein Pfand annehmen, falls dies mehr werth ist, als der Kaufpreis; Grimm Weisth. I. S. 77 § 23, S. 84, 89, 158 § 36, S. 243, 244, 262 f., 657, III. 379, IV. 278, 282, 283, 305, V. 94, 374 § 13, VI. 221 § 14, 226 § 30, Tiroler Weisth. II. S. 211 Z. 17 ff., Franchises de l'ancien diocèse de Genève p. 2 § 3, Forel chartes communales du pays de Vaud p. 200, p. 224 § 61, p. 272 § 29, ferner Citate bei v. Meibom Pfandrecht S. 286 N. 59, Kohler in Ihering's Jahrbb. XVII. S. 303, pfandr. Forschungen S. 12 f., Stieda Entstehung des Zunftwesens 1877 S. 104.

[13]) Purgoldt IX. c. 117, Chroniken XV. S. 87 vgl. mit S. 84 (Regensburg a. 1528). — Franchises von Nyon a. 1439 (Forel p. 258): pro commodo ville possunt construi construereque facere canalia seu aqueductus, vias publicas deviare, fodere et appropriare absque damno . . . et quod pro fortalitiis construendis circum circa dictam villam aut plateas ville burgenses sibi possint appropriare loca commoda absque interesse, salva taxa moderata damni ad opus indamnati fienda per dominum et burgenses.

Im Fall eines Brandes kann der Rath um die weitere Ausdehnung des Feuers zu verhüten ein Haus niederreißen lassen, altes Lüneb. Stadtr. (Kraut) S. 25, Breslauer Willkür v. 1324 (Korn Bresl. Urk.-Buch no. 114), Stadtr. v. Riga D. IV. 11, Münchener Stadr. 360. Wird dadurch die Verbreitung des Brandes wirklich verhindert, so ist der Hauseigenthümer zu entschädigen. Das Lüneb. R. sagt nur allgemein, man soll es ihm bezahlen; nach dem Rigaer Recht soll ihm die Stadt die Hälfte ersetzen, nach der Breslauer WO. sollen die Stadt und die Nachbarn ihn beim Bau unterstützen, nach dem Recht von München sollen ihm die Nachbarn aufbauen helfen.

Der Expropriation verwandt ist auch die Disposition über fremdes Gut bei der großen Haverei; vgl. auch Goldschmidt Handb. I. S. 800 N. 19.

[14]) Oben § 85 N. 18; besonders auch bei Deichbauten.

ein Anderer auf ihrem Besitz ein Bergwerk anlegen will, ihm den dafür erforderlichen Grund und Boden abzutreten[15]); dann wurden aber auch andere Unternehmungen in dieser Weise begünstigt[15a]), insbesondere auch Deichbauten[15b]). Das Römische Recht[16]) bot für die Behandlung derartiger Fälle keine Normen dar; denn nach ihm hatten der römische Kaiser oder seine Beamten zu bestimmen, in welchen Fällen und zu welchen Zwecken die Eigenthümer zur Abtretung gegen Entschädigung verpflichtet seien. Alles war der staatlichen Willkür überlassen; an Rechtsprinzipien fehlte es.

Erst die neuere Zeit hat ein eigentliches Enteignungsrecht entwickelt und zwar sind die Prinzipien desselben, da das Bedürfniß der Abtretung für Straßenbauten, Kanäle, Eisenbahnen u. s. w. überall ziemlich gleichmäßig hervortrat, nicht bloß in den einzelnen deutschen Ländern, sondern auch in den sonstigen Staaten mit einer gewissen Uebereinstimmung ausgebildet worden[17]).

---

[15]) Häberlin S. 8—31.

[15a]) Expropriation zum Zweck eines Canalbaus, Oestr. Urk. v. J. 1376 bei Schröder Urkk. (1. Aufl.) no. 197.

[15b]) Deichrecht des Alten Landes v. 1571 (Arch. des Vereins f. Geschichte und Alterth. zu Stade IX. 1882 S. 163 f.).

[16]) Vgl. über dasselbe die eingehende Darstellung von Meyer S. 9 ff., 76 ff. und Grünhut S. 18 ff.

[17]) Ueber die Geschichte der Gesetzgebung Häberlin S. 36 ff., Meyer S. 142 ff., Grünhut S. 37 ff. Von besonderm Einfluß war das französ. Gesetz v. 8. März 1810 (Grünhut S. 45 f.).

Das Preuß. Landr. I. 11. § 3 ff. (vgl. auch I. 9. § 258 ff.) und Oestr. G. B. § 365 und ebenso manche Verfassungs-Urkunden stellen nur die obersten Prinzipien auf; die genaueren Bestimmungen enthalten Spezialgesetze, sei es allgemein, sei es für bestimmte Arten von Expropriationen, so z. B. das Preuß. Eisenbahngesetz v. 3. Nov. 1838 § 8—19.

In Preußen ist ein Enteignungsgesetz am 11. Juni 1874 erlassen (Commentar von Dalcke Berl. 1874; derselbe handelt S. 10—31 über die Geschichte des Expropriationsrechts in Preußen; ferner Commentar von Bähr und Langerhans 2. Ausg. 1878). Nach § 54 des Gesetzes bleiben die besondern Gesetze bestehen, welche gelten „bei Regulirung gutsherrlicher und bäuerlicher Verhältnisse, bei Ablösung von Reallasten, Gemeinheitstheilungen, Vorfluthsangelegenheiten, Entwässerungs- und Bewässerungs-Angelegenheiten, Benutzung von Privatflüssen, Deichangelegenheiten, Wiesen- und Waldgenossenschaftsangelegenheiten", ebenso die Gesetze „im Interesse des Bergbaus und der Landestriangulation."

Weitere Gesetze: Baden 28. Aug. 1835, Baiern 17. Nov. 1837, Braun-

Indem wir den verhältnißmäßig untergeordneten Fall des Zwangs zur Abtretung von Mobilien[18]) übergehen, für welchen überdies auch nicht die Grundsätze des genau ausgebildeten Expropriationsverfahrens, sondern summarischere Verfügungen des Staats eintreten, und in Betreff der zwangsweisen Bestellung von Servituten auf § 85. 7 verweisen[19]), beschränken wir uns auf das Enteignungsrecht im eigentlichen Sinne, d. h. auf die zwangsweise Abtretung des Eigenthums an Grundstücken.

1. Die Gesetze bestimmen entweder genauer den Umkreis derjenigen Fälle, in denen der Staat, die Gemeinde, eine Corporation oder ein Privatus das Enteignungsrecht geltend machen kann[20]), oder sie enthalten nur die allgemeinen Prinzipien, so daß wenn ein der Expropriation bedürftiges Unternehmen ins Werk gesetzt werden soll, die Faktoren der gesetzgebenden Gewalt oder der Landesherr

---

schweig 13. Sept. 1867, Hessen-Darmstadt 27. Mai 1821, Kurhessen 30. Okt. 1834, Oldenburg 28. März 1867, Mecklenburg 3. Jan. 1837, Lübeck 21. Mai 1870, Königr. Sachsen (bei Wasserleitungen von Stadt- und Dorfgemeinden) 28. März 1872, Lippe 8. Juni 1864 und 3. Febr. 1869, Gotha 29. Juni 1852 u. 8. April 1857, Meiningen 28. Juni 1845, Schwarzburg-Sondersh. v. 3. Apr. 1844, Reuß ältere Linie 18. Mai 1870, Anhalt 12. Apr. 1875 u. 7. Febr. 1876, Hamburg v. 14. Juli 1879. — Außerdem finden sich in den partikulären Wassergesetzen zahlreiche Bestimmungen über Enteignung bei Bewässerungs- und Entwässerungsanlagen. — In Betreff der im Festungsrayon liegenden Grundstücke Reichsges. v. 21. Dez. 1871 § 41.

Schweizer Bundesges. v. 1. Mai 1850, Ges. für d. Canton Bern v. 3. Sept. 1868, f. Schaffhausen v. 18. Dez. 1874, für Zürich v. 30. Novb. 1879.

[18]) Bereits Mynsinger obs. V. no. 27 führt den Fall der Expropriation von Mobilien während einer Hungersnoth an; darüber auch Preuß. Landr. I. 11. § 7. — Dahin gehört ferner die Tödtung von Vieh während einer Rinderpest, Deutsches R.-Gesetz vom 7. April 1869 § 2, 3 u. dazu die Instr. v. 26. Mai 1869 § 26 und jetzt das umfassendere Reichsgesetz, betreffend die Abwehr und Unterdrückung von Viehseuchen v. 23. Juni 1880. — Ueber die mannigfachen Militärlasten, welche sich zum Theil auch als Expropriationen charakterisiren vgl. Laband Staatsrecht III. S. 311 ff., 314, 369 ff. — Ein Expropriationsrecht steht auch nach dem Reichsges. v. 11. Juni 1870 § 21 Abs. 5 demjenigen zu, welcher einen gegen ihn begangenen Nachdruck verfolgt: „Es steht dem Beschädigten frei, die Nachdrucks-Exemplare und Vorrichtungen ganz oder theilweise gegen die Herstellungskosten zu übernehmen, insofern nicht die Rechte eines Dritten dadurch verletzt oder gefährdet werden."

[19]) Vgl. auch Roth B. II. § 153 IV.

[20]) v. Rohland S. 25 f.

oder bestimmte Behörden darüber zu entscheiden haben, ob das Enteignungsrecht bei einem derartigen Unternehmen zu ertheilen ist oder nicht[20a]).

Das Expropriationsrecht darf nicht zum privaten Vortheil einzelner Personen[21]), sondern nur im Dienst der öffentlichen Interessen zur Anwendung kommen[22]). Es ist ein anomales, nur in Ausnahmsfällen eintretendes Recht und darf, wo das Gesetz die einzelnen Fälle aufführt, nicht über den Umkreis derselben hinaus angewendet werden. Die Feststellung der Anwendungsfälle gehört nicht in das Privatrecht, sondern in das Staats- und Verwaltungsrecht.

Die Befugniß Grundstücke zu enteignen kann nur vom Staat ertheilt werden. Diese Befugniß können aber die verschiedensten Subjekte, Privatpersonen, Corporationen, Gemeinden u. s. w. erhalten, wenn sie ein den öffentlichen Interessen dienendes Unternehmen durchzuführen beabsichtigen. Es wird ihnen dann von der Staatsgewalt das Expropriationsrecht verliehen, d. h. der Staat erklärt, daß sie unter seiner Vermittlung für ihr Unternehmen zwangsweise fremdes

---

[20a]) v. Rohland S. 26 ff.

[21]) v. Rohland S. 22 ff. Partikularrechtlich in Württemberg (Reyscher II. § 293) die Baulosung, wonach, wer ein Haus bauen will und die Mittel dazu hat, eine unverbaute Baustelle expropriiren darf.

[22]) Preuß. Gesetz v. 11. Juni 1874: „nur aus Gründen des öffentlichen Wohles für ein Unternehmen, dessen Ausführung die Ausübung des Enteignungsrechtes erfordert". — Einzelne sprechen von staatlichen, statt öffentlichen Interessen; indessen sollen durch das Enteignungsrecht nicht bloß staatliche Interessen, sondern auch andere der Allgemeinheit dienende Unternehmungen gefördert werden. — Meyer S. 178 ff. sucht diesem Bedenken durch die Formulirung zu begegnen, die Enteignung sei zulässig, wenn die Förderung des Unternehmens unter den gegenwärtigen staatlichen Verhältnissen als Staatszweck zu betrachten sei, da auch die Förderung des nationalen Wohlstandes und der nationalen Kultur als eine Staatsaufgabe erscheine. — v. Rohland S. 1, 3, nimmt das Enteignungsrecht nur an bei Unternehmungen, welche ausschließlich oder doch vorwiegend öffentliche Interessen verfolgen und will die Entziehungen oder Beschränkungen des Eigenthums im Interesse des Bergbaus von dem Enteignungsrecht ausschließen, weil sie einem Unternehmen mit privaten Zwecken zu Gute kommen. Vgl. dagegen Pražák S. 16 N. 26, S. 88. — Pražák selbst zieht unter das Enteignungsrecht nur solche Fälle, in denen wirthschaftliche Zwecke erreicht werden sollen, im Gegensatz zu solchen, wo behufs der Erreichung des Staatszweckes erworbene Rechte aufgehoben oder beschränkt werden; letztere seien dem Staatsnothrecht verwandte Fälle; vgl. S. 11, 14 f., 16, 18.

Eigenthum erwerben dürfen[23]). Auch wo der Staat als Fiskus glaubt fremder Grundstücke zu seinen Zwecken zu bedürfen, wird die besondere Autorisation seitens der staatlichen Organe erfordert, welche über die Zulässigkeit der Enteignung beschließen[23a]). Das Enteignungsrecht kann auch gegen Staatsgut[23b]), öffentliche Sachen[24]) und gegen Sachen geltend gemacht werden, deren Veräußerung im übrigen untersagt ist (z. B. Familienfideikommisse)[24a]).

2. Wenn das beabsichtigte Unternehmen vom Staat gebilligt wird, erlangt der Unternehmer, je nach dem Standpunkt der verschiedenen Partikularrechte, durch einen Akt der Gesetzgebung oder durch Verordnung des Landesherrn oder einer bestimmten Behörde[25]) das Expropriationsrecht, d. h. das Recht die zur Ausführung des im öffentlichen Interesse zu unternehmenden Werks unentbehrlichen Grundstücke auch gegen den Willen der Eigenthümer zu erwerben.

---

[23]) Anderer Meinung Grünhut S. 68 ff. (vgl. auch Thiel S. 17 ff.), daß immer der Staat das berechtigte Subjekt sei, da die andern Personen das expropriirte Grundstück nicht in ihren persönlichen Nutzen verwenden könnten. Indessen sind sie in der That expropriationsberechtigt und nur in der künftigen Verwendung des Guts beschränkt. — Ebenso wenig darf man mit Grünhut S. 81 behaupten, daß der Staat zunächst Eigenthümer würde und die Privaten nur mittelbar die Sache erwürben, oder S. 97 ff., 184, daß der Staat für die Entschädigung verhaftet sei, auch wenn Privatpersonen die Enteignung verfolgten. — Diese meines Erachtens irrigen Auffassungen ziehen sich durch das ganze Buch von Grünhut hindurch. Gegen dieselben vgl. v. Rohland S. 11 ff., Pražák S. 62 ff., Randa Wasserrecht (2. Aufl.) S. 59 N. 2.

[23a]) v. Rohland S. 13.

[23b]) v. Rohland S. 18 f.

[24]) Meyer S. 262. — Im Zusammenhang mit seiner Ansicht, daß der Staat überall das expropriirende Subjekt sei, sagt Grünhut S. 76—78, daß öffentliche Sachen, res publicae in publico usu, nicht enteignet werden könnten; da sie bereits in öffentlichem Gebrauch stünden, bedürfe es keiner Uebertragung in den öffentlichen Gebrauch, um sie einem andern öffentlichen Zweck zuzuwenden. Indessen wenn eine Privateisenbahngesellschaft einen bisher öffentlichen Weg expropriirt, kann man doch nicht mit Grünhut S. 77 sagen, daß an ihm kein Privatrecht entstehe und er noch extra commercium bleibe, „das Gut werde auch später noch im Namen und mit den Rechten des Staats besessen". — Vgl. v. Rohland S. 19 ff., Pražák S. 74 ff.

[24a]) v. Rohland S. 18 N. 9, Pražák S. 72.

[25]) Nach dem Preuß. Gesetz § 2 durch Königliche Verordnung, welche im Amtsblatt publizirt wird; § 3: in untergeordneteren Fällen des Wegebaus reicht ein Dekret der Bezirksregierung hin.

Führen die Verhandlungen zwischen dem Unternehmer und den Eigenthümern der beanspruchten Grundstücke zu keiner vertragsmäßigen Einigung, so entscheidet die Verwaltungsbehörde auf den Antrag des Unternehmers darüber, welche Grundstücke ihm abzutreten sind[26]). Das Recht des Enteigners auf den Erwerb der betreffenden Grundstücke ist perfekt, sobald die Behörde den Ausspruch gethan hat, daß resp. wie weit die geforderten Grundstücke für den betreffenden Zweck erforderlich sind, und sich die Eigenthümer dem Dekret unterworfen haben oder kein Rechtsmittel gegen dasselbe mehr zulässig ist. Gleichgültig ist, ob die Entschädigung durch Einigung der Parteien, resp. von der Behörde bereits festgesetzt ist oder nicht[27]).

Mit jenem Ausspruch steht nicht bloß das Recht des Enteigners fest, sondern hat auch der Expropriirte ein Recht auf Abnahme des Grundstücks und Zahlung der festzustellenden Entschädigungssumme; er ist nicht mehr dem einseitigen Rücktritt von Seite des Enteigners ausgesetzt, wenn dieser das Unternehmen aufgiebt oder wenn er erklärt, daß er das Grundstück für den betreffenden Zweck nicht brauchen könne oder daß die später ausgemittelte Ent-

---

[26]) Vgl. z. B. das Preuß. Gesetz § 15 ff. über das Verfahren. Da es sich hier um Zweckmäßigkeit handelt, gehört die ganze Angelegenheit nicht vor die Gerichte, sondern vor die Verwaltungsbehörden.

[27]) Burckhardt S. 230, v. Rohland S. 37 ff., Grünhut S. 187, Entsch. d. Reichsger. VII. S. 261. — Vgl. die verschiedenen Ansichten über den Moment der Perfektion bei Meyer S. 211 ff.; über die Partikularrechte Meyer S. 234 ff., Grünhut S. 190 ff., v. Rohland S. 40 ff. — Aus dem Gesichtspunkte des Zwangskaufes heraus nehmen Beseler § 92 N. 15, Martin S. 170 ff., 190 ff., Seuffert XIV. no. 226 (Wolfenb.), XXXIV. no. 305 (Dresden) an, daß die Expropriation erst dann perfekt sei, wenn die Höhe der Entschädigungssumme feststeht. Indessen ist die obige Annahme auch mit der Theorie des Zwangskaufes vereinbar; denn wenn auch noch nicht die Summe des Verkaufspreises bekannt ist, so ist der Preis doch jetzt bestimmbar, Seuffert XXXI. no. 130, XXXVI. no. 202 (Celle).

Daß möglicherweise in Betreff des Objekts, über welches das Enteignungsverfahren eingeleitet ist, zwischen dem Eigenthümer und dem Unternehmer ein einfaches Kaufgeschäft zu Stande kommen kann, ist zweifellos, vgl. Pražák S. 54 ff., Entsch. d. Reichsger. V. no. 67. Wenn aber, nachdem die Behörde die betreffenden Grundstücke dem Unternehmer zugesprochen hat, die Entschädigungssumme nicht durch die Behörde ausgemittelt, sondern durch gütliche Verhandlung der Parteien vereinbart wird, verwandelt sich dadurch nicht die Expropriation in ein Kaufgeschäft.

schädigungssumme zu hoch sei[28]). Im allgemeinen ist auch anzunehmen, daß mit diesem Ausspruch der Behörde das Eigenthum (vgl. unten Nr. 6) und die Gefahr auf den Enteigner übergeht[28a]) und daß die Entschädigung nach dem Werth zu bemessen ist, welchen die Sache in diesem Moment hat[28b]).

Wird nur ein Theil des betreffenden Grundstücks beansprucht und hat der Eigenthümer — worüber das Urtheil Sachverständiger entscheidet — kein Interesse den Rest zu behalten, so kann er fordern daß sich die Enteignung auf das Ganze erstrecke[29]). So wie der Enteigner ein gesetzliches Recht auf den Erwerb der betreffenden Grundstücke hat, so giebt auch dem Enteigneten das Gesetz das Recht zu fordern, daß die Enteignung noch auf weitere Objekte ausgedehnt werde.

3. Die Expopriation ist kein mit Zwang durchgeführter Kauf[30]).

---

[28]) Seuffert XIV. no. 226, XXVII. no. 36, XXXIII. no. 37, Pražák S. 59 N. 25. — Einzelne Partikularrechte lassen den Enteigner gegen Entschädigung des Expropriirten zurücktreten, Grünhut S. 194, 197. — Das Preuß. Gesetz § 42 giebt ihm das Rücktrittsrecht, so lange die Entschädigung noch nicht festgesetzt ist, verpflichtet ihn dann aber, dem Andern den Nachtheil zu ersetzen, welcher ihm durch das Expropriationsverfahren erwachsen ist. Will der Unternehmer nach Feststellung der Entschädigung zurücktreten, so hat der Eigenthümer die Wahl, ob er Schadensersatz oder „Zahlung der festgesetzten Entschädigung gegen Abtretung des Grundstücks . . . . beanspruchen will".

[28a]) Grünhut S. 189, v. Rohland S. 38 f.; vgl. auch Dernburg § 34. 6. Die Partikularrechte bestimmen zum Theil abweichend, Grünhut S. 194 ff., Pražák S. 61 f.

[28b]) Seuffert XXXVI. no. 202, Entsch. d. Reichsg. VII. S. ff.

[29]) Preuß. Ges. § 9. — Reichsges. v. 21. Dez. 1871 § 41: Wenn die Militairbehörde von ihrem Expropriationsrecht in Bezug auf im Festungsrayon belegene Grundstücke Gebrauch macht, „so ist der Besitzer die Ausdehnung der Enteignung auf alle diejenigen Theile des Grundstücks zu verlangen berechtigt, deren fernere Benutzung in der bisherigen Weise nach dem Gutachten von Sachverständigen durch die Abtrennung des den Rayonbeschränkungen unterworfenen Theils wesentlich beeinträchtigt, erschwert oder behindert werden würde". — Meyer S. 282 ff., Grünhut S. 157 ff., v. Rohland S. 91 ff., 96 f., Pražák S. 177 ff.; Entsch. des Reichsger. II. no. 75. — Ebenso kann auch nach vielen Rechten, wenn eine Servitut zwangsweise bestellt werden soll, der Eigenthümer fordern, daß ihm das Eigenthum des für dieselbe in Anspruch genommenen Theils seines Grundstücks abgenommen werde; vgl. oben § 85 N. 17, Roth B. II. § 153 N. 38, Rohland S. 99 ff. und mit Bezug auf das Bergrecht unten § 143 N. 51, 52.

[30]) Früher wurde sie ziemlich allgemein dafür erklärt, z. B. Häberlin

Sie beruht überhaupt nicht auf dem Consens des Expropriirenden und des Eigenthümers, sondern wird oft gegen den Willen des Eigenthümers und an im übrigen unveräußerlichen Sachen durchgeführt; wenn es sich um Sachen handelt, deren Veräußerung im allgemeinen besonderen Beschränkungen unterliegen, bleiben dieselben bei der Enteignung unberücksichtigt[31]). Ferner kann die Veräußerung nicht wegen laesio enormis angefochten werden (unten III § 185 N. 37); der Eigenthümer steht weder für das habere licere[32]) noch für Mängel der enteigneten Sache ein; die Durchführung der Expropriation ist nicht abhängig von der Einigung der Parteien oder einer sonstigen Festsetzung über die Höhe der vom Enteigner zu zahlenden Summe u. s. w.

Vielmehr hat der Expropriirende ein auf dem Gesetz beruhendes Recht auf den Erwerb der Sache, und diesem Recht entspricht die staatsrechtliche Pflicht des Besitzers, sein Eigenthum im öffentlichen Interesse aufzugeben. Letzterer ist nicht verpflichtet, das Grundstück dem Enteigner zu tradiren, sondern es sich nehmen zu lassen: es findet überhaupt kein derivativer Eigenthumserwerb statt[33]).

S. 200 ff., Martin S. 76 ff., Gruchot S. 76 ff., einzelne Gesetze bei Grünhut S. 190, Seuffert XIV. no. 226. In neuerer Zeit halten an dieser Ansicht trotz mannigfacher Bekämpfung fest: v. Gerber § 174[b] N. 1, Beseler § 92 N. 14, Förster II. § 131, v. Meibom Meckl. Hyp. R. S. 210 f. und N. 40, zweifelnd Windscheid § 388 N. 2, ferner in der Praxis Seuffert XIV. no. 226 (Wolfenb.), XXXIV. no. 305 (Dresden), XXXVI. no. 202 (Celle), Entsch. des ROHGer. XIX. S. 168 f. (in einer preußischen Sache, Kauf, weil das Landrecht von nothwendigem Kauf spreche). — Gegen diese Ansicht vgl. besonders Thiel S. 4 ff., Meyer S. 192 ff., L. Stein S. 324 (die Enteignung „hat allerdings alles mit dem Verkaufe gemein, nur die beiden Hauptsachen nicht, die wirthschaftliche, das Kaufgeschäft, und die juristische, den Vertrag"), Laband S. 171 ff., Grünhut S. 178 ff., Rohland S. 29 ff., Pražák S. 43 ff., Kohler Patentrecht S. 118. — Ueber andere Theorien Meyer S. 183 ff. — Meyer S. 184 ff. selbst erklärt sich für eine zweiseitige Obligation, eine obligatio quasi ex contractu; vgl. dagegen Laband S. 172 f., 175 ff., Rohland S. 31 ff.

[31]) Z. B. Familienfideikommisse, Güter, welche Personen unter Vormundschaft gehören u. s. w., vgl. z. B. Dernburg Vorm. R. S. 181.

[32]) Anderer Ansicht Meyer S. 244.

[33]) Vgl. besonders Thiel S. 3 ff., 8, 20 f., 146, Laband a. a. O., Grünhut S. 183 ff., Strohal z. Lehre vom Eigenthum an Immobilien S. 130 f.; über ältere verwandte Ansichten Meyer S. 190 ff. — Vgl. auch die Stuttg.

4. Da durch die Enteignung ein jus quaesitum zerstört wird, so hat der Expropriirende[33a]) den Andern durch eine Geldzahlung[34]) vollkommen zu entschädigen; es ist dies eine privatrechtliche, obligatorische Pflicht[35]). Er hat ihn zu entschädigen, aber keinen Kaufpreis zu zahlen. Wenngleich oft vorgeschrieben ist, daß erst nach Festsetzung und Bezahlung der Entschädigung der Besitz und das Eigenthum auf den Expropriirenden übergehen soll[36]), so erscheint doch als das Prinzipale die Enteignung, welche die Verpflichtung zur Schadloshaltung nach sich zieht[37]).

5. Können sich die Parteien über die Höhe der Entschädigungssumme nicht einigen, so ist dieselbe unter Zuziehung von Sachverständigen, je nach dem Standpunkt der Gesetze, entweder von den Verwaltungsbehörden oder von den Gerichten festzusetzen[38]). Wo die Verwaltung entscheidet, ist demjenigen, welcher sich bei ihrer Taxation nicht beruhigt, partikularrechtlich der Rechtsweg eröffnet[39]).

Erk. bei Seuffert XXV. no. 29 und XXXIII. no. 34. — Daher wird der Expropriirende auch dann Eigenthümer, wenn nicht demjenigen, gegen welchen das Expropriationsverfahren gerichtet wurde, sondern einem anderen das Eigenthum des Grundstücks gehörte; Pražák S. 48 N. 6.

[33a]) Gegen die von Grünhut und Andern vertheidigte Ansicht, daß der Staat die Entschädigung zu leisten habe, vgl. Rohland S. 52 ff. und Pražák S. 133 ff.

[34]) Pražák S. 170 f. Nach ältern Partikularrechten war auch eine Entschädigung in Land zulässig, z. B. Preuß. Landr. I. 9. § 271, II. 15. § 20.

[35]) Laband S. 179 ff., Rohland S. 35 ff., Pražák S. 137. — Laband hat S. 182 prinzipiell Recht, wenn er die Entschädigungspflicht in das Obligationenrecht verweisen will. Indessen ziehen wir sie gleich hieher, um den Zusammenhang der ganzen Lehre nicht zu zerreißen.

[36]) Z. B. Preuß. Ges. § 29: „daß die Enteignung des Grundstücks nur nach erfolgter Zahlung oder Hinterlegung der Entschädigungssumme . . . auszusprechen sei"; Rohland S. 39 ff.

[37]) Laband S. 181: „Zeitlich geht die Zahlung der Entschädigung gewöhnlich der Entziehung des Eigenthums voraus; logisch ist die Enteignung das frühere, die Verpflichtung zur Schadloshaltung erst die Consequenz davon"; Grünhut S. 254 ff. — Ueber die Verpflichtung des Enteignenden die Entschädigungssumme zu verzinsen, wenn das Grundstück vor der Zahlung in seinen Besitz übergeht, vgl. Entsch. des ROHGer. XIX. S. 168 ff.

[38]) Grünhut S. 236 ff., Pražák S. 202 ff. — In Hamburg z. B. entscheiden die Gerichte, Baumeister I. S. 270.

[39]) z. B. nach Preuß. Ges. § 30, innerhalb 6 Monaten nach Zustellung des Regierungsbeschlusses.

Die Entschädigung soll vollständig sein[40]; bei ihrer Festsetzung ist der Werth der abzutretenden Sache und zwar der Werth, welchen sie objektiv (Verkaufswerth) und sodann individuell für den Eigenthümer, in Rücksicht auf seine gewerblichen und sonstigen Verhältnisse hatte[41], zu Grunde zu legen und der Schaden zu bemessen, welcher ihn in Folge der Abtretung trifft. Wenn z. B. durch die theilweise Expropriation der übrig bleibende Theil des Grundstücks entwerthet wird, ist dies bei der Taxation des expropriirten Stücks zu berücksichtigen[42]. Dagegen ist nicht zu beachten das pretium affectionis[42a], und die Werthерhöhung, welche in Folge des Unternehmens, welches die Veranlassung für die Expropriation ist, für das Grundstück eintritt[43], oder die bloße Möglichkeit, daß sich in Folge von Eventualitäten, deren Eintritt ungewiß ist, der Werth des Grundstücks erhöhen könnte[44]. Andrerseits darf aber bei der Abtretung

[40]) Ueber die Berechnung der Entschädigung vgl. Thiel S. 21 ff., Wolff S. 265 ff., Meyer S. 271 ff., 276 ff., Grünhut S. 112 ff., Baumeister I. S. 271 ff., Rohland S. 55 ff., Pražák S. 150 ff. — Entsch. des Reichsger. II. no. 65 S. 237, 238, 241, III. no. 67, VII. no. 73. Was heißt voller Werth? V. no. 68.

[41]) In dieser Beziehung bestimmt das Preuß. Ges. § 10: „die bisherige Benutzungsart kann bei der Abschätzung nur bis zu demjenigen Geldbetrage Berücksichtigung finden, welcher erforderlich ist, damit der Eigenthümer ein anderes Grundstück in derselben Weise und mit gleichem Ertrage benützen kann". Vgl. auch Pražák S. 153 f.

[42]) Preuß. Gesetz § 8: „Wird nur ein Theil des Grundbesitzes desselben Eigenthümers in Anspruch genommen, so umfaßt die Entschädigung zugleich den Mehrwerth, welchen der abzutretende Theil durch seinen örtlichen oder wirthschaftlichen Zusammenhang mit dem Ganzen hat, so wie den Minderwerth, welcher für den übrigen Grundbesitz durch die Abtretung entsteht". Pražák S. 151 ff., Seuffert XXXI. no. 42, XXXIV. no. 222, XXXV. no. 216.

[42a]) Pražák S. 150 N. 2, 3.

[43]) z. B. Preuß. Gesetz § 10: „Eine Wertherhöhung, welche das abzutretende Grundstück erst in Folge der neuen Anlage erhält, kommt bei der Berechnung der Entschädigung nicht in Anschlag"; Pražák S. 160 f.

[44]) Vgl. z. B. Seuffert VII. no. 323, XXII. no. 150, XXIX. no. 34, XXXI. no. 337, XXXIV. no. 47, XXXV. no. 33, Stuttg. Entsch. bei Hartmann Ztschr. f. öff. R. I. S. 198 (einem Kunstgärtner wird sein Garten enteignet; er kann nicht geltend machen, daß er sein Grundstück zur Anlegung eines Bierkellers hätte verwenden können). — Ueber die Frage, ob es als entgangener Gewinn anzusehen ist, wenn das Grundstück als Bauplatz hätte benützt werden

eines Theils des Grundstücks die Entschädigungssumme nicht in Rücksicht darauf ermäßigt werden, daß der dem Eigenthümer verbleibende Theil durch das Unternehmen eine sichere Werthерhöhung erfährt[45]).

6. Wo die Gesetze nicht abweichend bestimmen, geht das Eigenthum auf den Exproprirenden über mit dem endgültigen Ausspruch der Behörde, daß der Antragende ein Recht habe, die geforderten Grundstücke zu erwerben[45a]). Und zwar wird er Eigenthümer, selbst wenn der Exproprirte nicht Eigenthümer war. Doch ist in den Partikularrechten der Moment des Eigenthumsübergangs vielfach anders geregelt; er soll erfolgen mit der Eintragung in die öffentlichen Bücher[46]), oder mit der Zahlung der Entschädigungssumme[47]), oder mit einem besonderen Dekret nach Berichtigung der Entschädigung[48]).

können, Gruchot Beitr. IX. S. 99 ff. — Einzelnes Detail aus der bisherigen Preuß. Rechtsprechung bei Dalcke S. 57 ff., 60 ff.

[45]) Die Gesetze bestimmen regelmäßig nichts über diesen Punkt; auch das Preußische entscheidet nicht die Frage; doch wurden alle auf die Anrechnung abzielenden Anträge bei der Berathung abgelehnt. — Bei der entgegengesetzten Ansicht könnte es dahin kommen, daß der Exproprirte gar nichts erhält oder wohl gar noch seinerseits etwas zu bezahlen hat. — Für die oben vertheidigte Ansicht Treichler S. 156, Meyer S. 290, Dernburg § 34 N. 13 (Grünhut S. 123 N. führt ihn mit Unrecht für die entgegengesetzte Ansicht an), Pözl krit. Viertelj.-Schr. XVI. S. 139 N., Rohland S. 81 ff., Pražák S. 167 ff. — Entgegengesetzter Ansicht Purgoldt Arch. f. prakt. R. W. N. F. VI. 1869. S. 352—364 und Grünhut S. 122 ff., 130.

[45a]) Strohal S. 131 f., Dernburg u. Hinrichs Preuß. Hypoth.-R. S. 204 ff., Seuffert XXXIII. no. 36.

[46]) So in Hamburg, Baumeister I. S. 268.

[47]) Vgl. die Nachweisungen bei Grünhut S. 196 f. und Martin S. 187 f., auch Strohal a. a. O. und Pražák S. 49 f. So auch nach dem Schweiz. Bundesgesetz v. 1. Mai 1850 art. 44, Bern. Ges. v. 3. Sept. 1868 art. 47 (bei König Bern. Civ.-Gess. II. S. 212, 221).

[48]) Preuß. Ges. § 32: „die Enteignung des Grundstücks wird auf Antrag des Unternehmers von der Bezirksregierung ausgesprochen . . ., wenn nachgewiesen ist, daß die . . . Entschädigungssumme rechtsgültig gezahlt oder hinterlegt ist. Die Enteignungserklärung schließt, insofern nicht ein Anderes dabei vorbehalten wird, die Einweisung in den Besitz in sich“; § 33: gleichzeitig hat die Regierung die Grundbuchbehörde zu benachrichtigen, damit der Eigenthumsübergang von ihr eingetragen wird. — § 44: „Mit Zustellung des Enteignungsbeschlusses (§ 32) an Eigenthümer und Unternehmer geht das Eigenthum des enteigneten Grundstücks auf den Unternehmer über . . . . diese Vorschrift gilt

7. Der Expropriirende will regelmäßig das Grundstück frei von Hypotheken und sonstigen dinglichen und persönlichen Rechten erwerben. Er hat daher außer dem Eigenthümer auch die dinglich und persönlich berechtigten Personen zu entschädigen, welche durch die Expropriation ihr Recht einbüßen oder in demselben geschmälert werden[49]).

8. Die Abtretung im Expropriationsverfahren erfolgt nur zu dem bestimmten, im öffentlichen Interesse gebotenen Zweck. Stellt sich später heraus, daß das Grundstück oder ein Theil desselben dafür überflüssig ist, oder wird die beabsichtigte Anlage ganz aufgegeben, so ist es billig[50]), daß dem ehemaligen Eigenthümer auf sein Verlangen sein Grundstück wieder zurückgewährt wird. Demgemäß hat er für diesen Fall nach den Partikularrechten entweder allgemein ein Rückkaufsrecht, oder nur im Fall der vom Unternehmer beabsichtigten Veräußerung des Guts ein Vorkaufsrecht, welches nach einzelnen Rechten zu einem dinglich wirksamen Retraktrecht gesteigert ist[51]).

§ 93. Die Ersitzung.

Die Ersitzung gehört nicht dem ursprünglichen deutschen Recht an. Aber schon in der Zeit der Volksrechte gewannen die römischen

---

auch in den Landestheilen, in denen nach den allgemeinen Gesetzen der Uebergang des Eigenthums von der Einschreibung in die Grundbücher oder von der Einreichung des Vertrages bei dem Realrichter abhängig gemacht ist". Vgl. darüber Pražák S. 51 N. 8, S. 190 N. 7.

[49]) Preuß. Ges. § 11: „Nutzungs-, Gebrauchs- und Servitutberechtigte, Pächter und Miether"; Pražák S. 138 ff., 145 ff. — Daß der Expropriirende und nicht der Verpächter den Pächter zu entschädigen habe, Seuffert XX. no. 136; anders XXXV. no. 215; vgl. überhaupt Pražák S. 143 N. 12, S. 148 N. 20, 21, S. 159 N. 19. — Vgl. auch unten § 112 N. 28.

[50]) Unrichtig nimmt Meyer S. 264 überall ein Rückkaufsrecht an, auch wo dasselbe partikularrechtlich nicht gewährt ist.

[51]) Vgl. Thiel S. 61 ff., Meyer S. 263 ff., Grünhut S. 162 ff., 173 ff., Dernburg § 880 N. 8, Rohland S. 43 ff., Pražák S. 172 ff. — Während viele Gesetze (vgl. die Nachweisungen bei Grünhut S. 173—175 und Rohland S. 46 N. 7) sowohl das Wiederkaufs- als das Vorkaufsrecht anordnen, giebt das neue Preuß. Gesetz § 57 dem alten Eigenthümer nur ein Vorkaufsrecht. — Ein Retraktrecht gilt z. B. nach dem Baden'schen Gesetz v. 1835 § 84, dem Preuß. Eisenbahngesetz v. 3. Nov. 1838 § 19, dem Preuß. Berggesetz v. 1865 § 141 u. s. w.

Verjährungsfristen, besonders von 30 Jahren Einfluß[1]); und im spätern Mittelalter galt in weiter Verbreitung der Grundsatz, daß wer ein Grundstück Jahr und Tag hindurch ruhig besessen hat, gegen den Widerspruch anderer berechtigter Personen geschützt sei[2]). Ist im allgemeinen das Institut der rechten Gewere mit der römischen Klagenverjährung zu vergleichen, so nahm man zur Zeit der Reception auch die Grundsätze des römischen und kanonischen Rechts über die Usucapio, Ersitzung, erwerbende Verjährung auf, gewährte aber doch auch dem ältern deutschen Recht noch hie und da einen Einfluß[3]). Indem wir auf die Darstellung der Pandekten[3a]) und der Partikularrechte[4]) verweisen, heben wir nur einzelne Punkte hervor:

1. Eine Anzahl von Partikularrechten, welche im übrigen die römischen Grundsätze aufnehmen, halten doch für die Verjährungszeit an dem deutschrechtlichen Jahr und Tag fest[5]) oder combiniren aus deutschem und römischem Recht die Frist von 31 Jahren und einem Tage[6]). Im übrigen haben aber die Partikularrechte die Frist beliebig nach Zweckmäßigkeitsrücksichten angeordnet[7]) und oft 30 Jahre auch für die ordentliche Verjährung vorgeschrieben[8]).

2. Während für die rechte Gewere bona fides nicht gefordert wird und erst dem spätern, besonders städtischen Recht das Requisit der Auflassung zu ihrer Entstehung angehört, forderte man seit der Reception bona fides und titulus für die ordentliche, bona fides für die außerordentliche Verjährung. Und zwar wurde das römische Recht

---

[1]) Oben § 68. II. Vgl. dazu noch v. Bethmann-H. Civ. Pr. V. S. 136 und über das westgoth. Recht Dahn westgoth. Studien 1874. S. 80 f.

[2]) Vgl. oben § 74.

[3]) Oben I. § 68. IV, besonders N. 32.

[3a]) Ueber die Bedeutung der Unterbrechung des Besitzes für die Ersitzung v. Ihering II. 2. S. 430. N.

[4]) Besonders auf die Darstellung von Roth B. II. § 145 ff., welcher die Ersitzung des baierischen Rechts auf gemeinrechtlicher Basis lichtvoll erörtert.

[5]) Ueber sächsische und baier. Statuten Gengler Lehrb. S. 227 und Roth § 146 N. 5 ff.

[6]) So in dem Kurfürstenthum Sachsen und den Sächs. Fürstenthümern; vgl. oben § 68 N. 29 und Haubold § 185. N. c, e.

[7]) z. B. Roth II. S. 206. N. 52 ff., S. 213. N. 4 ff.

[8]) Oben § 68. N. 14, 28a, 29, 32 über die 30jährige Verjährung; im steiermärk. Recht 32 Jahre, Bischoff steierm. Landr. S. 92.

mit der kanonischen Modifikation (c. 20 X. II. 26) recipirt, daß mala fides superveniens nocet[9]).

3. Dem römischen Recht entsprechend[10]) wird auch in den Partikularrechten die Verjährungszeit verschieden bestimmt, je nachdem derjenige welcher Widerspruch erheben könnte, anwesend oder abwesend ist. Jedoch wird der Begriff der Abwesenheit verschieden normirt; abwesend sei, wer in einer andern Gemeinde, in einem andern Staatsgebiet, in einem andern Jurisdiktionsbezirk lebt[11]).

4. Da die neuere Gesetzgebung den Erwerb des Grundeigenthums nur für die freiwillige Veräußerung von der Eintragung im Grundbuch abhängig macht (vgl. § 95), so ist an sich die Möglichkeit des Eigenthumserwerbs durch Ersitzung noch weiter bestehen geblieben. Indessen hat doch in vielen neueren Gesetzen die Ersitzung ihre Bedeutung verloren. So ist vielfach bestimmt, daß wer im Hypothekenbuch als Eigenthümer eingetragen ist, sich niemals an seinem Recht verschweigt[11a]). Aber auch solche Partikularrechte, nach welchen es zum Eigenthumserwerbe der Tradition bedarf, nebenher aber die Eintragung aus andern Gründen gefordert wird, sprechen es aus, daß eingetragene Rechte durch Nichtgebrauch nicht erlöschen und daß die Verjährung kein ihnen entgegenstehendes Recht, auch nicht einen

---

[9]) Unterholzner I. S. 329 ff., Reich die Entwickelung der kanonischen Verjährungslehre. Berl. 1880. S. 5, 7, 57 ff., 67 ff., 122 ff. — Schwabensp. 56 (der überdies die römische Frist von 10, resp. 20 Jahren hat). — C. Max. Bav. II. 4. 7, Preuß. Landr. I. 9. § 579, 611, Zür. GB. § 499, Sächs. GB. § 265, 267. — Wie es zu halten ist, wenn der Vorbesitzer in mala fide war, C. Max. Bav. II. 4. 10. no. 3, Preuß. Ldr. I. 9. § 614.

[10]) Auch bei der rechten Gewere bestehen wegen der Abwesenden besondere Grundsätze, oben § 74 N. 7.

[11]) Nachweisungen bei Gengler Lehrb. S. 223 N. 28, Roth II. § 146 N. 47 ff.

[11a]) z. B. Preuß. Ges. v. 5. Mai 1872 § 7: „Gegen seine (des eingetragenen Eigenthümers) Eigenthumsklage steht dem Beklagten die Einrede der Verjährung nicht zu"; Sächs. GB. § 151: „Unverjährbar sind Klagen . . . auf im Grund- und Hypothekenbuche eingetragene Rechte", u. s. w. — Dagegen Oestr. GB. § 1479: „Alle Rechte gegen einen Dritten, sie mögen den öffentlichen Büchern einverleibt sein oder nicht, erlöschen also in der Regel längstens durch den dreißigjährigen Nichtgebrauch oder durch ein so lange Zeit beobachtetes Stillschweigen"; über die Unzuträglichkeit der letzteren Bestimmung Strohal Eigenthum an Immobilien. 1876. S. 166.

Titel für die Eintragung bewirkt[12]). Einzelne Partikularrechte dagegen lassen noch durch die Ersitzung Eigenthum erworben werden oder einen Titel für die Eintragung entstehen[13]).

III. § 94. Die vertragsmäßige Uebertragung des Eigenthums, insbesondere durch Auflassung[1]).

Um Eigenthum an einem Grundstück oder sonstige dingliche Rechte an demselben zu übertragen, wird sowohl nach älterem wie

---

[12]) Aelteres Oestr. Recht bei Strohal S. 133 N. 1. Preuß. Landr. I. 9. § 511 (über einen vereinzelten Fall, in welchem die Ersitzung möglich, Förster III. § 177 N. 32), Neuvorpommern'sche Hyp.O. § 30, Preuß. Gesetz v. 5. Mai 1872. § 6, 7, Sächs. GB. § 279 vgl. mit § 151, Baier. Entw. III. § 149, 150. Hamb. Ges. v. 4. Dez. 1868 § 5, Seuffert XXXIV. no. 14.

[13]) Vergl. Nachweisungen bei Stobbe in Ihering's Jahrbb. XII. S. 239 N. 274. — Oestr. Ges.B. § 1468, 70, 79, 98 und dazu Strohal S. 139 ff., welcher sich auch S. 133 ff. für Ersitzung, nicht bloß für einen Ersitzungstitel de lege ferenda ausspricht. — § 1467 des Oestr. GB. enthält eine der rechten Gewere konforme Anschauung, indem Anfechtungen gegen eine Eintragung nur innerhalb 3 Jahren zulässig sind und nach ungestörtem Ablauf derselben der Eingetragene „das volle Recht gegen allen Widerspruch" erwirbt; Stobbe a. a. O. S. 266 f. — Ueber die Frage, wie da, wo trotz des Eintragungsprinzips Ersitzung möglich ist, das Requisit der bona fides aufzufassen sei, vgl. Strohal S. 151 ff.

[1]) Stobbe Die Auflassung des deutschen Rechts, in v. Ihering's Jahrbb. XII. 1872. S. 137—272. — Für das Mittelalter vgl. Albrecht Gewere S. 63—78, Beseler Erbverträge I. S. 19—47, Sandhaas germanist. Abhandlungen 1852. S. 1—77, Merkel das firmare des Baier. Volksrechts, in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. II. S. 101—174, Laband die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächs. Rechtsquellen des M.A. 1869, besonders S. 235 ff. und in d. krit. Viertelj.-Schrift XV. 1873. S. 382 ff., 403 ff. (Rezension von Heusler's Gewere), Bülowius (nicht Bülow, wie häufig citirt wird) diss. utrum ad dominium rerum immobilium transferendum secundum jus Saxonicum medii aevi resignatione solemni in judicio facta opus fuerit nec ne. Regiom. 1872. 8, Heusler Gewere 1872. S. 1 ff., 163 ff., 183 ff., Sohm das Recht der Eheschließung 1875. S. 79 ff., Trauung und Verlobung 1876. S. 13 (dazu auch Brunner's Rezension in der Jen. Lit. Z. 1876, Art. 439), Haiß Traditio und investitura. München 1876, Brunner in Goldschmidt's Ztschr. XXII. S. 526 ff., v. Duhn Deutschrechtliche Arbeiten. Lüb. 1877. 1. Abth., Sohm zur Geschichte der Auflassung, in den Festgaben für Thöl Straßb. 1879, Franken Geschichte des französischen Pfandrechts Berl. I. S. 92 ff., 157 f. (Rezension von Heusler in Goldschm. Ztschr. XXV.

nach neuerem Recht ein formaler, öffentlicher oder gerichtlicher Akt, die Auflassung, erfordert: es gilt für das Immobiliarrecht das Prinzip der Publicität. Indem wir hier von der Auflassung in specieller Beziehung auf die Uebertragung des Eigenthums handeln, werden wir uns später bei Darstellung der sonstigen dinglichen Rechte auf die hier gegebenen Mittheilungen berufen können.

1. Bei der Uebertragung des Eigenthums an Grundstücken fanden in alter Zeit vor Zeugen zwei Akte statt: a) die Erklärung, auf Grund eines Kauf-, Schenkungs-, Tauschvertrages u. s. w. das Eigenthum auf den Andern übertragen zu wollen (sala, traditio)[2]), b) die Uebertragung

---

S. 410—421), Sohm fränkisches Recht und römisches Recht 1880. S 27 ff. (in d. Ztschr. für R. G. XIV.), Bewer Sala, Traditio, Vestitura (Dissert.). Rost. 1880, Brunner zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde I. Berl. 1880, an verschiedenen Stellen des Buchs, insbesondere S. 112, 272 ff., 305 f., 308 (dazu die Recension von Val de Lièvre in d. Mitth. des Instituts f. österr. Geschichtsforschung II. 3 und von Franken in Goldschmidt's Ztschr. XXVIII. S. 375—392). Ueber das altschwedische Recht v. Amira nordgermanisches Obligationenrecht I. 1882. S. 511 ff., 554 f. Vgl. auch E. Löning Geschichte des deutschen Kirchenrechts II. S. 262 N. 1. — Für die folgenden Jahrhunderte vgl. die Darstellungen der Partikularrechte, besonders für Hannover Leonhardt Rechtsverhältnisse am Grundeigenthum. 1843. — Für das neueste Recht Roth B. II. § 136, Platner Sachenrecht S. 67 ff., 85 ff. und die bei § 95 angeführte Literatur.

Die Geschichte der Auflassung ist, wie die angeführte Literatur ergiebt, in den letzten Jahren besonders in Rücksicht auf die Periode der Volksrechte der Gegenstand zahlreicher Untersuchungen geworden. Aber in vielen Beziehungen sind wir noch nicht zu festen, unbestrittenen Resultaten gelangt und stehen sich noch sehr abweichende Ansichten gegenüber. Soweit aber Brunner diese Fragen in seinem letzten, Epoche machenden Werk erörtert, haben wir ein sicheres, kaum zu erschütterndes Fundament gewonnen. Indem ich mich größtentheils seinen Resultaten anschließe, hat dieser Paragraph in seinem ersten Theil eine völlige Neubearbeitung erhalten.

[2]) Während man in der ältern Literatur darüber einig gewesen war, daß die sala oder traditio unserer Quellen im technischen Sinne das Rechtsgeschäft war, worin sich der Wille ausspricht, auf Grund einer unterliegenden causa das Eigenthum zu übertragen, und auch nur bei dieser Auffassung es sich erklärt, wie man das Geschäft als traditio, sala, als Uebertragung bezeichnen konnte, behauptet Sohm Eheschließung S. 80, Auflassung S. 83, 96 ff., daß die alte sala mit dem Contraktsschluß (Kauf, Schenkung u. s. w.) identisch sei; sie sei der bloße Vertragsschluß über den Eigenthumsübergang. — Vielmehr ist sie die Erklärung, daß man auf sein Eigenthum an dem Grundstück, weil man es verkaufe, ver-

des Besitzes auf den Erwerber (investitura, gewere[3]). Ursprünglich[4]) scheinen diese beiden Akte vereinigt gewesen und auf dem Grundstück selbst vorgenommen zu sein: nach seiner Erklärung das Grundstück, auf welchem man sich befand, dem Andern übereignen zu wollen, führte der Veräußerer unter Anwendung besonderer Förmlichkeiten den Erwerber in den Besitz ein (sg. reale Investitur) und verließ seinerseits das Grundstück. Er übergab ihm das Grundstück, indem er eine dem Boden entnommene Scholle überlieferte und unter Ueberreichung weiterer Symbole insbesondere einer festuca erklärte seinerseits den Besitz aufzugeben, aufzulassen (se exitum dicere, effestucatio, Auflassung)[5]).

2. Später[6]) erfolgte eine Trennung der beiden Akte; an dem einem Ort erklärt der Veräußerer das Eigenthum übertragen zu wollen und auf dem Grundstück selbst führt er den Erwerber thatsächlich in den Besitz desselben ein. Doch wurden jetzt in die sala Momente der Besitzeinweisung aufgenommen; es wurden mit der Erklärung des Uebereignungswillens Formen verbunden, welche in symbolischer Weise fern von dem Grundstück es aussprechen sollten, daß der Veräußerer dem Erwerber auch den Besitz übertragen wolle, daß er ihm das Grundstück auflasse. An dem Ort der traditio übergab er ihm eine Erdscholle, ein Stück Rasen, einen Baumzweig u. s. w., welche zunächst noch dem Grundstück selbst entnommen sein sollten[6a]), oder später andere Symbole, um seinen Willen auszudrücken, daß er das Eigenthum und den Besitz des Grundstücks aufgebe[7]).

---

schenke u. s. w., zu Gunsten des Andern Verzicht leiste, es übertrage. Vgl. auch Brunner Urkunde I. S. 279 N. 1.

[3]) Daß die investitura ursprünglich fränkisches Recht sei und sich erst allmählich von den Franken aus zu den andern Stämmen verbreitet habe, hatte Merkel Zeitschr. f. Rechtsgesch. II. S. 47 vermuthet und Sohm fränkisches Recht S. 27 ff. zu beweisen versucht. Vgl. dagegen Heusler Gewere S. 2 ff., Haiß S. 105 N. 1, 137 ff., Brunner Urk. I. S. 278 ff.: das Wort ist fränkisch, aber der dadurch bezeichnete Akt findet sich überall bereits in alter Zeit.

[4]) v. Bar Beweisurtheil S. 179 ff. N. 330, Heusler Gewere S. 6 ff.

[5]) Brunner Urk. I. S. 188 f., 273 f.

[6]) Diese Gestaltung tritt uns regelmäßig in den Quellen entgegen.

[6a]) So auch nach Schwedischem Recht, v. Amira Obl.-R. I. S. 513.

[7]) In der neueren Literatur (z. B. Sohm Auflassung S. 84, 90, Brunner Urk. S. 278 f., 306 f. u. s. w.) wird diese regelmäßige Gestaltung der Eigenthumsübertragung als symbolische Investitur bezeichnet. Zweifellos beobachten unsere

3. Wohl beeinflußt vom Römischen Recht, welches sich in den Provinzen als Vulgarrecht dahin ausgebildet hatte, daß man die Besitzeinweisung in ein Grundstück (die traditio des Römischen Rechts) auch dadurch als erfolgt betrachtete, daß der Veräußerer eine Urkunde über die Veräußerung dem Erwerber übergab[8]), entwickelte sich bei verschiedenen deutschen Stämmen neben der volksrechtlichen auch die Uebereignungsform, daß über die Veräußerung vor Zeugen eine Urkunde aufgenommen und dieselbe, oft noch unter Hinzufügung anderer Symbole[9]), dem Erwerber übergeben wurde; die Urkunde gab ihm, falls der Veräußerer sich in ihr nicht ein entgegengesetztes Recht vorbehalten hatte, die Befugniß seinerseits selbst den Besitz zu ergreifen[10]). Der Umstand, daß, besonders wenn es sich um den Er-

---

Quellen keinen festen Sprachgebrauch; sie reden von Investitur, wo eine traditio in Verbindung mit Symbolen vorliegt (Brunner Rezension des Sohm'schen Buchs, in Goldschm. Ztschr. XXII. S. 534, Urk. S. 278 N. 3 mit den dortigen Citaten), ebenso wie umgekehrt oft die investitura gemeint und von traditio gesprochen wird (Heusler Gewere S. 8 ff., Haiß S. 78 ff.). Aber es erkennt auch Brunner Urk. S. 308 vgl. mit S. 305 an, daß man statt „symbolische Investitur" genauer „Uebereignung" sagen müßte. Es würde, m. E., zur Vereinfachung der Discussion beitragen, wenn man bei der hergebrachten Terminologie verbliebe und als Investitur nur die auf dem Grundstück selbst zur Uebertragung des Besitzes vorgenommenen Handlungen bezeichnete; denn in höherem Grade, als Sohm Auflassung S. 105 es zugiebt, ist es doch der regelmäßige Sprachgebrauch, daß der traditio die investitura entgegengestellt wird, welche eine reale Investitur auf dem Grundstück selbst ist, vgl. z. B. Kraut § 78 no. 49, 56—60.

[8]) Es ist ein besonderes Verdienst von Brunner (Urk. S. 113 ff., 124 ff.), dies Römische Vulgarrecht zum ersten Mal dargestellt zu haben. — Val de Lièvre in s. angef. Rezension spricht die Vermuthung aus, es möchte dasselbe durch germanische Auffassungen beeinflußt worden sein.

[9]) Brunner Urk. S. 188, 264 f., 276, 302 f. — Bedenken erregt die von Brunner S. 275 f. angenommene Reihenfolge von Stadien in der Entwicklung; vgl. auch bereits Val de Lièvre a. a. O. S. 7.

[10]) Brunner Urk. S. 112 f., 130 ff., 288 ff., 299 f.; er weist gegen Sohm nach, daß diese Rechtsbildung auch bei den Franken galt. Vgl. übrigens auch schon Roth Feudalität. 1863. S. 153 f. — Ueber das langobardische Recht in dieser Beziehung Brunner in Goldschm. Z. XXII. S. 70, 526 ff., Urk. S. 130 ff., das Registrum Farfense (in den Mitth. des Instituts f. österr. Geschichtsforschung II. 1. 1881) S. 13 f.; vgl. auch Heusler bei Goldschm. XXV. S. 417 ff. — Bei den Angelsachsen (vgl. Brunner Urk. S. 151 ff.) wurde im Gegensatz gegen das Stammland (edel) das sg. bocland (das auf Grund von Rechtsgeschäften, von Urkunden (boc) erworbene Land) dadurch veräußert, daß

werb für Kirchen handelte, eine Urkunde aufzunehmen war, mag zu dem Gebrauch geführt haben, die Traditio nicht mehr auf dem Grundstück selbst, sondern an einem andern, lebhafteren Ort vorzunehmen; denn es wird oft mit Schwierigkeiten verbunden gewesen sein, die für die Aufnahme der Urkunde erforderlichen Personen auf dem Grundstück selbst zu vereinigen[11]). So wurde das Gut in einer Kirche, einer Volksversammlung oder vor sonst geladenen Zeugen aufgelassen. Auch kommt es schon in der merovingischen Zeit vor, daß die Veräußerung im Gericht (zuerst im Königsgericht, dann im Volksgericht) erfolgte; man bediente sich dabei prozessualischer Formen (sg. Scheinvindikationen), indem der Erwerber wie ein Kläger das Recht am Grundstück beansprucht und nach den entsprechenden Erklärungen des Veräußerers das Gericht es ihm zuspricht[12]).

4. War die Traditio auswärts, fern von dem Grundstück vorgenommen, so pflegte auf sie noch eine feierliche Einweisung in den Besitz (vestitura, die sg. reale Investitur) nachzufolgen, indem der Veräußerer vor Zeugen unter symbolischen Formen den Erwerber auf das Gut führte und ihn in seiner Gegenwart Besitzhandlungen

---

die Urkunde über das Land übergeben wurde; bei jeder folgenden Veräußerung waren die alten Briefe mit zu überliefern; eine neue Urkunde genügte nur, wenn die alten Briefe amortisirt waren.

Uebersehen scheint mir die für das fränkische Recht höchst interessante Nachricht bei Gregor v. Tours IV. c. 12: Erat enim (sc. Cantinus Episcopus) et avaritiae in tantum incumbens, ut cujuscumque possessionis fines ejus termino adhaesissent, interitum sibi putaret, si ab eisdem aliquid non minuisset: et a majoribus quidem cum rixa et scandalo auferebat, a minoribus autem violenter diripiebat. Quibus et a quibus ... nec dabat precia contemnens, nec accipiebat instrumenta desperans. Erat enim tunc temporis Anastasius Presbyter ..., qui per chartas ... Chrothildis Reginae proprietatem aliquam possidebat. Quem plerumque conventum Episcopus rogabat humiliter ac supplíciter, ut ei chartas supradictae Reginae daret, sibique possessionem hanc subderet. Also der Veräußerer übergiebt zugleich die Urkunden, welche er selbst bei seinem Erwerb erhalten hat.

[11]) Brunner Urk. S. 127.

[12]) Heusler Gewere S. 10 ff., Laband Rezension S. 383 ff., Brunner das Gerichtszeugniß und die fränkische Königsurkunde 1873 (Festgaben für Heffter) S. 157 ff., in Goldschm. Ztschr. XXII. S. 528 f., Urk. S. 275 N. 3, 292 ff.

vornehmen ließ[13]). Ein besonders sprechendes Zeichen des erlangten Besitzes war es, wenn der Erwerber nach der investitura drei Tage und drei Nächte lang ungestört auf dem Gut verblieben war (triduana sessio)[14]).

5. Das Eigenthum ging auf den Erwerber, unabhängig von der Erlangung des thatsächlichen Besitzes, bereits mit der formellen Traditio, mit dem in formeller Weise ausgesprochenen Uebereignungswillen über. Die reale Investitur gab ihm zu seinem Recht noch die Thatsache des Besitzes. Auf Grund der Traditio konnte er sich auch eigenmächtig in den Besitz setzen und hatte nicht bloß gegen den Veräußerer eine Klage auf Einweisung, sondern konnte auch von dritten Personen, denen etwa derselbe Veräußerer später das Gut tradirt und zugleich den Besitz übertragen hatte, die Abtretung des Besitzes fordern[15]). Die reale Investitur war für den Erwerb des Rechts nicht erforderlich[16]), bot aber manche Vortheile dar: so um die Identität des veräußerten Grundstücks festzustellen,

---

[13]) Sohm Auflassung S. 90, 106 f., 112 f. sagt, daß allmählich — etwa seit dem 10. Jahrhundert — die reale Investitur vollständig durch die symbolische Investitur, worunter die mit symbolischen, Besitz übertragenden Formen verbundene Traditio verstanden wird, verdrängt worden sei. Es habe jetzt nur noch eine formlose Einweisung oder eine eigenmächtige Besitzergreifung stattgefunden. Für Deutschland ist dies jedenfalls nicht richtig; denn hier finden noch bis zum Ende des Mittelalters feierliche Besitzeinweisungen, insbesondere auch durch den Richter oder durch den Fronboten statt, Stobbe Auflassung S. 201 f.

[14]) Stobbe S. 160, 202, Haiß S. 53 ff., 57 ff., Brunner Urk. S. 296 f. N. 1.

[15]) Stobbe S. 161 ff., Heusler S. 24 ff., 48 f., Laband Rezension S. 389 f., Haiß S. 39 ff., Sohm Auflassung S. 98 ff., S. 104 N. 31, fränkisches Recht S. 28 ff., 33, Brunner Rezension, in Goldschm. Ztschr. XXII. S. 535, 538, Urk. S. 113 ff., 119 ff., 124 ff., 126 ff., 185 ff., 306 ff. — Seine frühere Ansicht (Eheschließung S. 80 ff., 86 f., Trauung und Verlobung S. 13 f.), daß nicht erst die Traditio, sondern bereits der Veräußerungsvertrag Eigenthum, aber ein unvollkommenes Eigenthum übertrage, hat Sohm (Auflassung S. 99 f.) aufgegeben.

[16]) Gegen Heusler's (Gewere S. 41 ff., 470 ff.) Ansicht, daß eine Traditio ohne nachfolgende reale Besitzübertragung für die Erben unverbindlich gewesen sei, vgl. Kugelmann gemeinrechtl. Begründung des partikulären Erbvertrages. Erl. 1877 S. 11 ff., Löning Gesch. des Kirchenrechts II. S. 751 und unten im Erbrecht. — Nach altschwedischem Recht gab erst die investitura das volle Recht, v. Amira Obligationenrecht I. S. 554 f., 567.

um zu constatiren, daß kein Anderer Eigenthümer sei oder ein Recht auf den Besitz habe u. s. w.

Aber nur dann ging gemäß einem Gesetz Ludwig d. Fr.[17]) das Eigenthum über, wenn die Auflassung in dem Gerichtssprengel, in welchem das Grundstück liegt (intra ipsum comitatum), erfolgt war; nur in diesem Fall reichten die Uebereignungserklärungen hin. Hatte dagegen der Veräußerer die traditio in einem andern Sprengel vorgenommen, so mußte noch die investitura innerhalb der Grafschaft, in welcher das Grundstück liegt, nachfolgen; daher soll der Erwerber, um sicher zu gehen, sich von dem Veräußerer verbürgen lassen, daß er später noch die investitura vornehmen werde.

II. 1. In der Zeit der Rechtsbücher, in welcher die absolute Beweisbarkeit der vor Gericht erfolgten Handlungen galt, wurde es immer häufiger, daß die Grundstücke im forum rei sitae, im echten Ding, durch gerichtliche Auflassung[18]) übertragen wurden: sie sicherte dem Erwerber den Beweis, daß er das Eigenthum ordnungsmäßig und ohne Einsprache eines Dritten erworben habe. Trotz der weiten Verbreitung dieser Sitte entwickelte sich doch nicht überall, sondern nur in zahlreichen Rechtsgebieten der Rechtssatz, daß die gerichtliche Handlung ein Erforderniß des Eigenthumserwerbs sei[19]).

---

[17]) Capit. a. 817 c. 6 (Mon. LL. I. p. 211); vgl. über dieses, seinem Inhalt nach höchst bestrittene Gesetz zuletzt Brunner Urk. S. 277 f.

[18]) Wenn ursprünglich „Auflassung" den Verzicht auf den Besitz, die Aufgabe des Besitzes bedeutet haben mag (Sohm Eheschließung S. 83, Auflassung S. 86, fränk. R. S. 34, 47, Brunner Urk. S. 274), so bezeichnete man später doch zweifellos mit „Auflassung" die gesammte Handlung, durch welche der Veräußerer sein Grundstück auf einen Andern überträgt; er läßt durch seine theils mündlichen theils symbolischen Erklärungen sowohl das Recht als den Besitz auf. Nur so erklärt es sich, daß z. B. Sachsensp. I. 9. § 5 von nachträglicher Auflassung reden kann, wo der Besitz des Guts längst auf den Erwerber übergegangen ist. — Irrig erklärt Laband vermögensrechtl. Klagen S. 236 ff., Rezens. S. 409 die Auflassung für „ein gerichtliches Urtheil, das im echten Ding auf Grund eines Scheinprozesses ergangen war." Dagegen Brunner bei Goldschm. XXII. S. 528 N.: „die Auflassung war nie ein Urtheil, sondern eine Parteihandlung, die auf Grund eines Urtheils erfolgen konnte, aber auch sonst vorkam."

[19]) Ueber die Entstehung dieses Rechtssatzes Sohm fränk. Recht S. 35 ff., 48 ff., über seine Geltung für Magdeburg, Prag, Brünn, Iglau, Hamburg, Dortmund, Büren, Cleve, Verden, Hildesheim, Celle, Braunschweig, Goslar, München, Bamberg, vgl. Stobbe Auflassung S. 166 ff. Ueber den Umfang, in

In manchen Städten, in welchen die freiwillige Gerichtsbarkeit von dem echten Dinge auf die Gemeindebehörde übergegangen war, hatte die Auflassung nicht vor dem Gericht, sondern vor dem Stadtrath zu erfolgen[20])

2. Die gerichtliche Auflassung bestand in der feierlichen, in dem echten Dinge abgegebenen und durch Symbole verstärkten Erklärung des Veräußerers, daß er sein Recht aufgebe und auf den Andern übertrage[21]), und in der gerichtlichen Bestätigung des Akts. Das Verfahren bewegte sich in den Formen des Prozesses, mit Fragen und Urtheilen[22]); wenn auf Befragen des Richters Niemand Einsprache erhoben hatte, schloß es mit dem von den Schöffen gefundenen und von dem Richter verkündeten Spruch, daß das Recht auf den Erwerber übergegangen sei, und mit dem Friedewirken des Richters: jeder, welcher den Erwerber in seinem Besitz und Recht störe, solle den Frieden, den rechtmäßigen Zustand gebrochen haben.

Auch jetzt geht das Recht auf den Erwerber mit der Auflassung unabhängig von seinem Besitzerwerb über. Für die Einführung in den Besitz war in einigen Gebieten ein besonderes gerichtliches Verfahren ausgebildet, indem von Seiten des Gerichts sein Spruch, daß der Erwerber das Gut erworben haben solle, in thatsächliche Wirksamkeit gesetzt und der Erwerber in den Besitz eingewiesen wurde[23]).

---

welchem das Prinzip galt, ist Streit; vgl. Sohm S. 41 ff., welcher es insbesondere auch dem Sachsenspiegel und Schwabenspiegel zuschreibt.

[20]) Stobbe S. 184 ff.; z. B. in Magdeburg, Lübeck, Hamburg, Dortmund, Stendal, Stralsund, Zürich, Wien (Schuster Wiener Stadtr. S. 29) u. s. w.

[21]) Aehnlich wie im ältern Recht (vgl. N. 8) kommt es auch jetzt vor, daß der Veräußerer seine eigenen Erwerbsurkunden dem neuen Erwerber einhändigt; außerdem wird letzterem noch vom Gericht eine neue Urkunde ausgefertigt; vgl. Schweizer Urk. v. J. 1427 in Schröder Urkk. no. 279 (1. Aufl. no. 257). — Ueber die Verpfändung der Hausbriefe vgl. unten § 107 N. 6.

[22]) Laband Klagen S. 236 ff.

[23]) Stobbe S. 201 ff. — Bestritten ist die Frage, wie es mit der Gewere steht. Ist dieselbe Besitz, so kann eine Gewere erst vorhanden sein, nachdem der Besitz thatsächlich erworben ist. Nun sagen aber manche Rechtsbücher, Stadtrechte und Urkunden (vgl. Stobbe Gewere S. 456 ff., Beseler Erbvertr. I. S. 185 N. 2, Laband Rez. S. 405 ff., Sohm Auflassung S. 95, Heusler S. 290 ff., Franken S. 84 N. 2, Brunner Urk. S. 306 und N. 1), daß mit der Auflassung bereits der Besitz, die Gewere, die corporalis possessio über-

3. An manchen Orten nahm die Auflassung eine qualifizirte Bedeutung an[24]): hier ging nicht einfach unter Betheiligung des Richters das Recht vom Veräußerer auf den Erwerber über, sondern gab es der Veräußerer zunächst dem Richter auf und übertrug es sodann der Richter dem Erwerber[25]). Ganz wie wenn dieser das Recht durch einen Prozeß erstritten hätte, erhält er es durch den Ausspruch des Gerichts; es geht auf den Erwerber über, nicht wie es der Veräußerer hatte, sondern wie es der Richter ihm übertrug. Auch wenn der Auktor nicht Eigenthümer war oder das Gut

---

gegangen sei und es haben sich dafür auch Albrecht Gewere S. 63 ff., Stobbe Gewere S. 456 ff., v. Bar Beweisurtheil S. 178, v. Meibom Pfandr. S. 326 ausgesprochen, wogegen Heusler S. 187 ff., 242, Laband Rez. S. 403 ff., Planck I. S. 511, 518 N. 16 die Entstehung der Gewere zufolge der Auflassung leugnen. — Da nun aber zweifellos einzelne Quellen von einer Gewere bereits zufolge der Auflassung sprecheu, so kann hier Gewere unmöglich Besitz bedeuten; die Stellen sind nur dahin zu deuten, daß der Veräußerer die Besitzeinweisung verspricht oder es dem Erwerber überläßt, sich selbst in Besitz der Sache zu setzen; er überträgt auf den Andern nicht bloß sein Recht, sondern zugleich die Befugniß, die Sache zu besitzen. Gewere bedeutet hier also nicht Besitz, sondern Recht zu besitzen, vgl. auch oben § 72 N. 7[a]. — Sohm Auflassung S. 108 ff., welcher in Uebereinstimmung mit der älteren Lehre die Gewere auch ohne realen Besitzerwerb entstehen läßt, konstruirt in der Weise, daß der Erwerber durch constitutum possessorium auf Seiten des Veräußerers Besitzer werde. Aber — hier kehrt die von ihm für den Eigenthumserwerb neuerdings aufgegebene Ansicht (vgl. oben N. 15) wieder — es bestünde nur eine relative Gewere; der Erwerber habe sie nur gegenüber seinem Veräußerer; das corpus seines Besitzes sei nach deutschem Recht dritten Personen gegenüber nicht sichtbar. So sehr sich der Verf. dagegen sträubt, kommt er doch zu einer Gewere, welche nicht Besitz, sondern Recht zu besitzen ist.

[24]) Zahlreiche Nachweise dafür in Stobbe Auflassung S. 193 ff. — Ich führe noch einige weitere Zeugnisse an: Schröder Urkk. no. 129, 139, 279 (1. Aufl. no. 106, 114, 257), Grimm Weisth. III. S. 551 ff., VI. 678. § 3, Recht v. Zug (Schweiz. Ztschr. XIX. 1. S. 157), Urk. v. J. 1429 bei Beseler Erbvertr. II. 2. S. 226, Franken I. S. 84 N. 2, S. 85 N. 1, S. 88 N. 1, S. 113 f., 119 f. — Aus dem Währschaftsbuch des Stadtgerichts zu Gelnhausen v. 1596—1660 hat Stölzel die Güte gehabt, mir die entsprechenden Gebräuche mitzutheilen.

[25]) An manchen Orten blieb dieser Gebrauch auch noch in den folgenden Jahrhunderten bestehen und erhielt sich z. B. in Sachsen als sog. investitura allodialis, als eine mit Bezug auf Allod erfolgende richterliche Uebertragung, Stobbe S. 214.

nicht veräußern durfte, wird der Erwerber doch Eigenthümer, weil das Gericht ihm das Eigenthum zusprach. Freilich konnte dieser Erwerb von dritten Personen angefochten werden, weil der Auktor das Gericht nicht hätte anweisen dürfen, dem Erwerber Eigenthum zuzuerkennen. Aber nur Jahr und Tag hindurch war diese Anfechtung möglich. Blieb der Erwerber Jahr und Tag hindurch unangefochten in seinem Besitz, so verwandelte sich seine Gewere in eine rechte Gewere; trotz des mangelhaften Rechts des Auktors hat sich das Recht des Erwerbers zu unanfechtbarem Eigenthum verstärkt.

4. Die vor Gericht oder dem Stadtrath erfolgten Auflassungen wurden in den Gerichtsbüchern, Stadtbüchern oder in für diesen Zweck besonders angelegten Verlaßbüchern (libri resignationum) protokollirt[26]). Um eine größere Uebersichtlichkeit zu erreichen, machte man in den Büchern für die verschiedenen Stadttheile besondere Abtheilungen oder trug die auf dasselbe Grundstück sich beziehenden Rechtsakte chronologisch hinter einander an derselben Stelle ein.

Die Bucheintragung lieferte denselben Beweis wie das Gerichtszeugniß[27]) und es entstand die Rechtsauffassung, daß das Recht nicht durch die Auflassung vor Gericht, sondern durch die nachfolgende Eintragung übergehe[28]) und daß ein im Gerichts- oder Grundbuch eingetragenes Recht nur durch eine neue Eintragung verloren gehen könne.

---

[26]) Oben I. § 67 und Stobbe S. 204 ff.

[27]) Ludwig's Priv. für Dortmund v. J. 1332 § 18 (Frensdorff Dortmunder Statuten S. 199): Volumus, ut omnium emptionum sive venditionum tractatus super possessionibus domibus redditibus et aliis bonis immobilibus quibuscumque . . . resignationesque predictorum venditionis aut emptionis tempore fiant in presentia vestrorum consulum in sede sedentium et coram ipsis omnimode pertractentur, pertractata vero libro civitatis inserantur, ipsoque libro insignita temporibus se offerentibus in hujusmodi casibus pro judicato per vos inantea teneantur. Hamb. Stadtr. 1497. G. 3: Wat averst vor deme rade vorlaten unde in der stad bock geschreven steyt, dat gheyt vor alle segele unde breve, edder rowelyke langhe besyttynge, der me ghenetet na segelen unde breven, de er ankumpst unde recht vormelden unde medebryngen.

[28]) Stobbe S. 207 ff., in Betreff Lübecks S. 208. — In Böhmen, Mähren, Oberschlesien erfolgte der Eigenthumsübergang durch Eintragung auf dem Lande schon seit dem 13. Jahrhundert, in den Städten (Prag, Olmütz) erst seit dem 15. Jahrhundert, Randa in Grünhut's Ztschr. VI. S. 96.

5. Wo die Auflassung kein Erforderniß für die Eigenthumsübertragung war, ging das Eigenthum durch die auf Grund des Veräußerungsvertrages erfolgte Tradition über.

Der bloße Vertrag gab nicht Eigenthum; über die Frage, ob er ein dinglich wirksames Recht, ein sog. jus ad rem bewirkte, vgl. unten III. § 175 Nr. 11.

III. Auch nach der Reception des Röm. Rechts blieb die Auflassung in manchen Bezirken noch weiter in Geltung. Da jetzt die Gerichtsbarkeit nicht mehr in den allgemeinen Volksversammlungen gehandhabt wurde, suchte man die verloren gegangene Publizität des echten Dinges für die Veräußerungen dadurch zu ersetzen, daß die Absicht zu veräußern von der Kanzel herab oder durch Anschläge an den Thüren des Gerichts oder Rathhauses verlautbart wurde. Die Formen der alten Auflassung verloren immer mehr an Bedeutung gegenüber der Eintragung in die Gerichtsbücher, welche als das den Eigenthumsübergang bewirkende Moment erschien[29]). Für die Erhebung von Widerspruch gegen die Veräußerung behielt man entweder die alte Frist von Jahr und Tag bei oder kürzte dieselbe ab[30]).

Doch war der Rechtszustand in Folge und seit der Reception in den verschiedenen Rechtsgebieten sehr mannigfaltig.

1. Während nach dem ältern Recht die Mitwirkung des Richters sich auf die Uebertragung des Eigenthums bezog, wird an vielen Orten jetzt seine Betheiligung wesentlich für das der Veräußerung zu Grunde liegende obligatorische Rechtsgeschäft (Kauf, Schenkung rc.) erfordert. Die Contrahenten sollen den Veräußerungsvertrag zur Kenntniß des Richters bringen (insinuiren), ihn bestätigen (confirmiren), resp. in die Gerichtsbücher eintragen lassen. Der Richter soll die Freiheit und Ernstlichkeit des Vertragswillens prüfen, nachforschen, ob das Geschäft nicht einer Partei zum Nachtheil gereicht, im Interesse der Grundsteuerbehörden Kenntniß von der Veräußerung nehmen, Uebertragungen an Fremde oder unzuverlässige Personen verhüten, welche keine Sicherheit für die Abführung der öffentlichen Lasten bieten u. s. w.[31]).

---

[29]) Stobbe S. 213 ff.

[30]) Stobbe S. 235 ff.

[31]) Stobbe S. 220 f., 234 f., Roth B. II. § 136 N. 40 ff. — Noch

Doch wird die Bedeutung dieser obrigkeitlichen Insinuation sehr verschieden normirt:

a) war sie unterblieben, so soll nach manchen Partikularrechten der Veräußerungsvertrag als nichtig gelten; vor der Insinuation oder Protokollirung (resp. auch vor der notariellen Aufnahme) wird überhaupt gar kein Consens angenommen und kann jede Partei sich von dem Vertrage lossagen[32]). Nach andern Rechten ist der Vertrag gültig, aber jeder der beiden Contrahenten kann gegen gewisse Vermögensnachtheile (Verlust der Arrha, Restitution der doppelten Arrha), selbst dann, wenn die Veräußerung von beiden Seiten erfüllt ist, den Vertrag widerrufen[33]).

b) Die Insinuation ist nach vielen Rechten nur für den Bestand des Vertrages von Bedeutung; zum Uebergang des Eigenthums bedarf es der Tradition, Auflassung oder Eintragung. In andern Partikularrechten tritt die Insinuation zugleich an die Stelle der Auflassung und geht mit der Protokollirung oder richterlichen Bestätigung des Vertrages das Eigenthum über, während die Tradition nur einen faktischen Zustand begründet[34]).

2. In andern Rechtsgebieten wurde die Entwickelung weniger gestört und ließ man nach wie vor das Eigenthum durch die Auflassung oder durch die Eintragung des Erwerbers in die Grundbücher übergehen[35]). Bei Tradition ohne Auflassung wird der Erwerber nur ein titulirter Besitzer und darf, wenn nicht etwa der vorangegangene Vertrag partikularrechtlich für ungültig angesehen wird, auf Nachholung der Auflassung oder Eintragung klagen, um

---

Runde § 259 erklärt als eigentlichen Grund für die obrigkeitliche Zuziehung, daß auf fast allen Grundstücken öffentliche Lasten haften, Stobbe S. 221 f., 234 f.

[32]) Stobbe S. 222 f.: Kurhess., braunschw., einzelne sächs. Gesetze, Solmser Ldrecht; die Partikularrechte bei Roth B. II. § 136 N. 39, 42, 45, das baier. Notar.-Ges. v. 1861, daselbst N. 52 ff.

[33]) Stobbe S. 224 f., Roth II. § 136 N. 51.

[34]) Stobbe S. 226.

[35]) Stobbe S. 228 ff., so nach dem revid. Lüb. R., den Hamb. Statt., der Frankf. Ref., dem Lüneb. Stadtr., Jül.-Berg. Landr., Edikt für Berlin u. Köln, der 61. sächs. decisio elector. v. 1661, dem Braunschw., Mecklenb. R. — Oestr. G. B. § 431, 321.

das Eigenthum zu erlangen[36]); auch kann er nach einzelnen Rechten Eigenthum durch Ersitzung erwerben[37]).

So kam man partikularrechtlich dazu zwei Arten Eigenthum zu unterscheiden[38]), das dominium civile des im Grundbuch eingetragenen Eigenthümers, welcher das Grundstück vindiciren und durch weitere Eintragungen veräußern und belasten kann, und das dominium naturale, welches eigentlich nur titulirter Besitz ist, aber dem Besitzer die actio Publiciana und negatoria, gegenüber dem vindicirenden Eigenthümer die exceptio rei venditae et traditae und das Recht giebt, auf Grund der Verjährung die Eintragung zu erzwingen[39]).

3. In noch andern Partikularrechten recipirte man den gemeinrechtlichen Satz, daß das Eigenthum nur mit der Tradition übergehe[40]). Doch verlangen manche dieser Gesetzgebungen die Eintragung im Grundbuch, nicht für den Eigenthumserwerb, sondern damit der Erwerber gewisse Rechte des Eigenthums ausüben könne. Nur der im Grundbuch eingetragene Eigenthümer kann Hypotheken, sonstige Lasten und einen neuen Erwerber als Eigenthümer eintragen lassen: nur er gilt dem Gericht gegenüber als legitimirt zu Dispositionen vor dem Grundbuchamt.

So entsteht auch hier eine doppelte Art von Eigenthum: ein Buch-Eigenthum oder formelles Eigenthum des im Grundbuch Eingetragenen und ein materielles Eigenthum dessen, der auf Grund eines Rechtsgeschäfts durch Tradition Eigenthümer geworden ist[41]). Diese Rechtsgestaltung enthält das Würtembergische[42]), das Französische Recht[43]) und nach ihm das Badensche Landrecht, das Preußische

---

[36]) Ueber die Frage, ob in diesem Falle beim Konkurs des Veräußerers das Grundstück zur Masse zu ziehen ist, vgl. Stobbe S. 242.

[37]) Stobbe S. 237 ff.

[38]) Stobbe S. 239 ff.; vgl. auch oben § 80 N. 30.

[39]) Dies war besonders sächsisches Recht (Decisio I. v. J. 1746); vgl. Haubold § 175[b], 175[d], 186, 187.

[40]) Stobbe S. 232 f.

[41]) Stobbe S. 242 ff.

[42]) v. Wächter I. S. 978, II. S. 373 ff., 377 ff.

[43]) Zachariä I. § 255 ff.; nach franz. R. geht das Eigenthum bereits durch den Vertrag über.

Landrecht[44]), das Mecklenburgische Recht für Landgüter[45]) und die neueste Baierische Gesetzgebung[46]). Um den Conflikten zu entgehen, welche dieses doppelte Eigenthum hervorrufen kann, fordern einzelne Partikularrechte, daß der neue Erwerber sich als Eigenthümer im Grundbuch eintragen lassen soll[47]).

§ 95. Fortsetzung. Neuestes Recht.

Um den Dualismus des Eigenthums zu beseitigen und ein unzweifelhaftes Recht für den Erwerb des Eigenthums an Grundstücken zufolge einer freiwilligen Veräußerung zu gewinnen, haben zahlreiche neuere Gesetzgebungen die Tradition, die Bezahlung oder Creditirung des Kaufpreises für indifferent erklärt und lassen das Eigenthum lediglich durch Eintragung des Erwerbers auf Grund der entsprechenden Erklärungen des eingetragenen Eigenthümers und des neuen Erwerbers übergehen (Auflassung, Lassung, Verlassung). Hierher gehört die Mecklenb. Gesetzgebung für Stadtgüter v. J. 1857[1]), die Bremer Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1860 (§ 10, 12, 13) das Sächs. Gesetzbuch (§ 276), das Gesetz für Lippe v. 23. März 1864 § 10, für Reuß j. L. v. 20. Nov. 1858 § 2, das Koburger Gesetz v. 31. März 1852 art. 1, 2, das Hamburger Gesetz v. 4. Dez. 1868 § 2, 6, das Oesterreichische Gesetz v. 25. Juli 1871[2]) u. s. w.;[2a])

---

[44]) Förster III. § 172 N. 25; doch waren die Prinzipien des Preuß. Rechts kontrovers, vgl. gegen Förster und das Preuß. O.-Trib. Ziebarth Realexekution S. 250—252, die Reform des Grundbuchrechts 1870. S. 21 ff.

[45]) Meckl. Hyp.-O. f. Landgüter v. 1848. § 9 und v. Meibom Mecklenb. Hypothekenr. 1871. S. 52.

[46]) Roth B. II. § 136. S. 152 N. 49, S. 153, Regelsberger Studien im baier. Hypothekenrechte 1872. S. 96 f., 105 ff., Bayer. Hypothekenrecht I 1874. S. 44 ff., 68 ff., 73 ff.

[47]) Ueber die Geschichte der Zwangstitelberichtigung in Preußen, wo das Landrecht sie vorschreibt, die spätere Gesetzgebung aber sie fallen ließ, vgl. Dernburg I. § 199.

[1]) Revid. Stadtb.-Ordnung v. 1857. § 5; vgl. auch v. Meibom Mecklb. Hyp.-R. S. 52.

[2]) § 4: „Die Erwerbung, Uebertragung, Beschränkung und Aufhebung der bücherlichen Rechte wird nur durch die Eintragung derselben in das Hauptbuch erwirkt;“ vgl. Strohal zur Lehre vom Eigenthum an Immobilien. Eine Studie aus dem Oesterr. Grundbuchsrecht. Graz 1876, besonders S. 9 ff. — Ueber diese und noch einige andere Gesetze vgl. Stobbe S. 247 ff. Nach dem Gesetz v.

ganz besonders aber das Preußische Gesetz vom 5. Mai 1872 über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten, und die unter demselben Datum erlassene Grundbuchordnung[3]); diesen Preußischen Gesetzen hat sich dann in andern deutschen Staaten die Gesetzgebung neuerdings angeschlossen[3a]).

Die hauptsächlichsten Grundzüge des neueren Rechts sind, unter besonderer Berücksichtigung der preußischen Gesetze, folgende:

1. Das Eigenthum geht nicht durch die Tradition[4]), sondern, ohne Rücksicht darauf, ob der Erwerber Besitz hat oder nicht, durch die vor dem Grundbuchamt erfolgte Auflassung[4a]) und die sich daran

---

Schwarzb.-Sondersh. v. 10. März 1852 und v. Schwarzb.-Rud. v. 6. Juni 1856 geht das Eigenthum über durch Zuschreibung einer gerichtlichen Urkunde, welche nach Vorlegung der Erwerbsurkunde des Veräußerers und nach Bescheinigung des Titels für den neuen Erwerber ausgefertigt wird. — Sachsen-Weimar'sches Ges. v. 20. Apr. 1833: gerichtliche Bestätigung oder sonstige urkundliche Uebereignung sund Eintragung des neuen Besitzers in das Grundbuch.

[2a]) So auch nach manchen Gesetzen der Schweiz, v. Wyß Referat über die chweizer. Hypothekenrechte. 1874. S. 53.

[3]) Der Entwurf dieses Gesetzes wurde (Berlin 1869) offiziell bekannt gemacht. Ueber einen modifizirten Entwurf von 1869, 1870 vgl. Bähr in v. Ihering's Jahrbüchern XI. S. 1—138 und Ziebarth die Reform des Grundbuchrechts 1870. S. 3 ff., 15 ff. — Ueber das Gesetz selbst vgl. abgesehen von den Lehrbüchern des Preußischen Rechts A. Achilles die Preuß. Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht mit Einl. und Kommentar. 3. Aufl. Berlin 1881. — W. Bahlmann das Preuß. Grundbuchrecht. 3. Aufl. 1880. — Förster Preuß. Grundbuchrecht. Berlin 1872, besonders S. 72 ff., 182 ff. — Heidenfeld das Preuß. Immobiliarrecht. Berl. 1873. — Turnau die Grundbuchordnung v. 5. Mai 1872 mit Erläuterungen. Paderb. 1874, 3. Aufl. 2 Bände 1883. — Dernburg und Hinrichs das Preuß. Hypothekenrecht I. 1877.

[3a]) Oldenb. G. v. 3. Apr. 1876, Anhalt. G. v. 11. März 1877, Goth. G. v. 1. März 1877, Braunschw. G. v. 8. März 1878, Hessen-Darmst. G. v. 6. Juni 1879, Waldeck'sches G. v. 25. Jan. 1881, Lippesches Ges. v. 27. Juli 1882, Schwarzb.-Sondersh. G. v. 2. Aug. 1882.

[4]) Ziebarth S. 15 ff. fordert den Rechtssatz, daß mit der Eintragung auch der Besitz übergegangen sei. — Das Gesetz v. 23. März 1864. § 10 für Lippe bestimmt: die Zuschreibung eines Grundstücks im Kataster vertritt die Uebergabe, „wo diese zum Eigenthumsübergange nöthig und noch nicht geschehen ist, und hat alle Wirkungen derselben“. — Ueber das Verhältniß von Besitz und Eigenthum vgl. auch Stobbe S. 233 f., S. 249 N. 297.

[4a]) Wenn Handelsgesetzbuch art. 91 sagt, daß in dubio die in das Inventar

anschließende Eintragung über. Die Auflassung besteht in der Erklärung des eingetragenen Eigenthümers, daß er die Eintragung des neuen Erwerbers bewillige, und des letzteren, daß er die Eintragung beantrage[5]). Diese Erklärungen sollen mündlich und gleichzeitig erfolgen; doch können sich die beiden Parteien durch Bevollmächtigte vertreten lassen[6]).

Der Eigenthumsübergang erfolgt unabhängig von dem zu Grunde liegenden Geschäft[6a]). Daher bedarf es keiner Aufnahme

---

einer Gesellschaft aufgenommenen, bisher einem Gesellschafter gehörigen beweglichen und unbeweglichen Sachen „Eigenthum der Gesellschafter werden", so wird dadurch das Auflassungsprinzip nicht alterirt; vielmehr haben nur die andern Gesellschafter (und der Liquidator, Entsch. des ROHGer. XII. S. 39 ff.) einen Titel, um die Auflassung an die Firma zu fordern. Achilles Kommentar zu § 1 (3. Aufl. S. 81 N. h und Nachtrag S. 592 no. 3). Auch bestimmen ausdrücklich einige Ausführungsgesetze z. HGB., daß durch jenen Artikel die für den Eigenthumserwerb geltenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts nicht modificirt werden; vgl. v. Hahn Kommentar zu art. 91 Anm. 6.

Dagegen tritt von dem obigen Prinzip, daß zum Erwerb und Verlust des Eigenthums es der Auflassung und Eintragung bedarf, eine Ausnahme ein, wenn man die Gesellschaft nicht als ein eigenes Rechtssubjekt, sondern als die Summe der Gesellschafter betrachten will: denn wenn die Firma als Eigenthümerin eingetragen ist, geht beim Austritt eines Gesellschafters und beim Eintritt eines neuen Gesellschafters ein Eigenthumswechsel vor sich, ohne daß derselbe im Grundbuch verzeichnet würde. Vgl. v. Sicherer Genossenschaftsgesetzgebung S. 111 f., Dernburg und Hinrichs S. 326 ff.

[5]) Preuß. Gesetz § 1, 2: „Im Fall einer freiwilligen Veräußerung wird das Eigenthum an einem Grundstück nur durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigenthumsüberganges (!) im Grundbuch erworben. Die Auflassung eines Grundstücks erfolgt durch die mündlich und gleichzeitig vor dem zuständigen Grundbuchamt abzugebenden Erklärungen des eingetragenen Eigenthümers, daß er die Eintragung des neuen Erwerbers bewillige und des Letzteren, daß er diese Eintragung beantrage." — Während manche Gesetze das ganze, das Eigenthum übertragende Verfahren Auflassung nennen (z. B. Mecklenb. Stadtbuch.-O. von 1857. § 5), bezeichnet das Preuß. Gesetz — übrigens in Uebereinstimmung mit dem alten deutschen Recht — nur die Parteierklärungen mit diesem Wort und unterscheidet von der Auflassung die ihr folgende Eintragung.

[6]) Daß nach Preuß. Recht diese Vertretung zulässig ist, unterliegt keinem Zweifel, vgl. z. B. Achilles S. 85. Doch ist der Ausdruck unglücklich gewählt; denn unter einer mündlichen Erklärung des Eigenthümers kann man doch nur die von ihm selbst abgegebene verstehen. — Andere Rechte lassen auch schriftliche Anträge zu, Stobbe S. 252 N. 302.

[6a]) Seuffert XXXIII. no. 108.

von Urkunden über dasselbe, nicht der Vorlegung von solchen vor Gericht rc. und wird auch nicht der Erwerbsgrund oder Titel in dem Grundbuch eingetragen[7]). Das Gericht ignorirt die causa, den sog. Titel und führt lediglich den auf den Eigenthumsübergang gerichteten Willen der Parteien durch.

Ist der Eigenthümer in Folge eines Veräußerungsgeschäfts (z. B. Verkauf) zur Auflassung verpflichtet, so kann, wenn er die Auflassungserklärung verweigert, dieselbe durch ein gerichtliches Erkenntniß ersetzt werden, welches ihn zur Auflassung verurtheilt[7a]). Das Urtheil giebt dem Obsiegenden nicht Eigenthum, sondern nur das Recht, das Eigenthum durch die auf seinen Antrag erfolgende Eintragung zu erwerben[8]).

Folgt auf die Parteierklärungen keine Eintragung, so geht auch das Eigenthum nicht über[9]). Erfolgt sie nicht unmittelbar nach der Auflassung, so hat der Veräußerer, wenngleich er noch als Eigenthümer erscheint[9a]), doch die Befugniß verloren vor dem Grundbuchamt weitere Verfügungen über das Grundstück zu treffen[9b]); denn mit der Auflassungserklärung hat er auf die Ausübung seines Eigenthums Verzicht geleistet[10]). Die Frage, ob die Gefahr des veräußerten Grundstücks auf den Erwerber mit dem Abschluß des obligatorischen Rechtsgeschäfts oder mit der Auflassung oder mit der Tradition übergeht, ist in den Partikularrechten verschieden geregelt[11]).

---

[7]) Andere Gesetzgebungen gehen nicht so weit in der Loslösung von dem unterliegenden Geschäft, vgl. Stobbe S. 256 f. — Die Bestimmung des Preuß. Gesetzes ist vor ihrer endgültigen Festsetzung in der Literatur und in den ständischen Berathungen vielfach angefochten worden; zu ihrer Rechtfertigung vgl. Förster Grundbuchrecht S. 83 ff.

[7a]) Preuß. Ges. § 3. — Dernburg und Hinrichs S. 180.

[8]) Wenn der noch nicht eingetragene Erwerber das Grundstück veräußert, cedirt er seinem Erwerber den Anspruch auf Auflassung gegenüber seinem Veräußerer, Dernburg I. § 241 N. 1.

[9]) Freilich schreibt Grundb.-O. art. 48. al. 3 vor: „die Eintragung des Eigenthums-Ueberganges muß sich unmittelbar an die Auflassung anschließen."

[9a]) Kühnast Begriff der Grundschuld 1877 S. 68 behauptet, daß in der Zeit zwischen der Auflassung und der Eintragung das Eigenthum ohne Subjekt bestehe.

[9b]) Dernburg und Hinrichs S. 285.

[10]) Achilles zu § 1 S. 78 f.

[11]) Vgl. unten III. § 184. 5. — Die Motive zum Preuß. Entw. von

2. Das Rechtsgeschäft, auf Grund dessen die Eintragung beantragt wird, unterliegt keiner Prüfung von Seiten der eintragenden Beamten[12]), und es ist für den Eigenthumsübergang indifferent, wenn dasselbe nach Inhalt oder Form anfechtbar oder nichtig ist. Die Eintragung erscheint als ein Formalakt[12a]), losgelöst von dem sie veranlassenden Rechtsgeschäft und unabhängig von der bona oder mala fides des Erwerbers[13]).

Während nach älterem Recht der Richter, je nach seinem Partikularrecht in verschiedenem Umfange die Legalität des Veräußerungsgeschäfts zu prüfen hatte (Legalitätsprinzip), soll er jetzt nur die Rechtsgültigkeit der vor ihm abgegebenen Auflassungserklärungen prüfen; seine Untersuchung hat sich zu erstrecken auf die Identität des Veräußerers mit dem im Grundbuch eingetragenen Eigenthümer und des Erwerbers mit derjenigen Persönlichkeit, für welche er sich ausgiebt, auf die allgemeine Dispositionsfähigkeit dieser Personen[13a]),

---

1868 S. 44 nehmen an, daß wenn die Tradition der Auflassung voranging, auch die Gefahr bereits übergegangen sei; denn wenn der Empfänger auch noch nicht Eigenthümer sei, so sei er doch durch die faktische Beherrschung bereits in der Lage, alles zu thun oder zu unterlassen, was eine Gefahr herbeiführen oder abwenden könne. Demgemäß bestimmte § 8: „Die Gefahr der Sache geht durch die Eintragung auf den Erwerber über, wenn ihm auch noch nicht übergeben ist." Die spätern Entwürfe und das Gesetz selbst lassen den Paragraphen fort und die Motive nehmen das Fortbestehen der landrechtlichen Vorschrift (I. 11. § 95) an, wonach die Gefahr mit der Uebergabe der Sache den Erwerber trifft. Vgl. auch Achilles zu § 1 S. 82, S. 593. 3, Dernburg und Hinrichs S. 290 N. 25, Entsch. des R. Ger. VII No. 69.

[12]) Preuß. Grundb.-O. § 46. al. 2: „Mängel des Rechtsgeschäfts, welches der vollzogenen Auflassungs-, Eintragungs- oder Löschungs-Bewilligung zu Grunde liegt, berechtigen nicht, die beantragte Eintragung oder Löschung zu beanstanden."

[12a]) Vgl. auch Dernburg und Hinrichs S. 278, 286.

[13]) Viele Partikularrechte haben sich zu dieser Loslösung nicht entschlossen: das Züricher Ges.-B. § 534 z. B. fordert „ein auf Eigenthumsübertragung gerichtetes Rechtsgeschäft" und die „Eintragung dieses Rechtsgeschäfts in das Grundprotokoll"; das Sächs. GB. § 276 setzt für die Eintragung „einen Rechtsgrund zur Eigenthumserwerbung voraus". Vgl. auch Baier. Entw. III. art. 56 und 68. — Die Preuß. Grundb.-O. § 48. al. 2 bestimmt nur, daß die Parteien befugt seien, eine Abschrift der über das Rechtsgeschäft errichteten Urkunde zu den Akten zu geben. — Den im Text bezeichneten Standpunkt befolgt das Mecklenburger, Bremer, Preuß. u. s. w. Recht, vgl. Stobbe S. 249 ff.

[13a]) Befindet sich der Eigenthümer im Konkurs, so sind seine Verfügungen

auf die Frage, ob das Grundbuch keine Dispositionsbeschränkungen ergiebt (Familienfideikommiß, Miteigenthümer, Vormerkungen) u. s. w.

3. Aus diesen Prinzipien folgt:

a) Wenn das Veräußerungsgeschäft nach dem Partikularrecht einer besonderen Form bedarf, darf der durch die Eintragung bewirkte Eigenthumsübergang wegen Mängel der Form nicht angefochten werden[14]). Vor der Auflassung kann die mangelhafte Form des Veräußerungsgeschäfts insofern von Einfluß sein, als, wenn der bisherige Eigenthümer die Auflassung verweigert, der andere Contrahent möglicherweise keine Klage auf Bewilligung der Eintragung hat.

b) Hatte der Eigenthümer sein Grundstück mehrmals veräußert, so erwirbt nur derjenige, welcher eingetragen wird, das Eigenthum, selbst dann, wenn er Kenntniß von einem ältern Rechtsgeschäft hat, welches für einen Andern das Recht auf Eintragung begründet[15]).

Dadurch tritt das neue Recht der älteren Auffassung entgegen, wonach der Erwerber durch den Veräußerungsvertrag ein jus ad rem erlangt, und das Grundstück von jedem spätern Erwerber herausverlangen kann[16]), und sodann dem früheren speziell preußischen Satz[17]), daß der zuerst Eingetragene nur dann vorgeht, wenn er nicht wußte, daß ein Anderer einen ältern Titel hat.

4. Der Eigenthümer soll nur unbedingt eingetragen werden; sein Recht darf weder als ein suspensiv- noch als ein resolutiv-bedingtes bezeichnet werden. Insbesondere ist es unzulässig, die Verabredung einzutragen, daß das Eigenthum zurückfallen solle, wenn das Kaufgeld nicht voll bezahlt werde[18]). Soll das Eigenthum

---

nicht mehr wirksam, auch wenn die erfolgte Konkurseröffnung noch nicht im Grundbuch eingetragen ist, Dernburg und Hinrichs S. 411.

[14]) Preuß. Ges. § 10, Grundbuch-O. § 46.

[15]) Preuß. Ges. § 4. Ebenso nach Sächs. und Oestr. Recht, Strohal S. 40 ff., S. 43 N. 23. — Ueber diese Aufhebung des sg. jus ad rem im Preuß. Recht Dernburg und Hinrichs S. 375 ff.

[16]) Vgl. unten III. § 175 N. 11, 12.

[17]) Preuß. Landr. I. 10. § 25; vgl. darüber Förster Preuß. Privatr. III. § 156, Dernburg I. § 184.

[18]) Ueber dies pactum reservati dominii vgl. Leonhardt zur Lehre von den Rechtsverhältnissen am Grundeigenthum. Hannover 1843, S. 68 ff., 218—276, und Seuffert XXV. no. 241—243 (Oldenburg). — Nach manchen älteren Rechten sollte die Auflassung erst nach völliger Bezahlung des Kaufpreises vorgenommen werden, Hamb. Stadtr. 1497. G. II und Stobbe S. 231 f.

wirklich vorbehalten sein, so darf der Eigenthümer nur tradiren, aber nicht umschreiben lassen. Einem zur Sicherstellung der Forderung des Kaufpreises vertragsmäßig gemachten Eigenthumsvorbehalt kommt partikularrechtlich die Wirkung zu, daß der Veräußerer eine Hypothek für das rückständige Kaufgeld eintragen lassen kann[19]).

5. Da das Grundbuch von staatlichen Behörden geführt wird, publica fides genießt und jedem Interessenten zugänglich ist[20]), darf Jeder seinen Inhalt für richtig ansehen und Niemand sich mit Unkenntniß desselben entschuldigen. Wer im Vertrauen auf die Richtigkeit des Buchs ein Recht von dem eingetragenen Eigenthümer erwirbt[20a]), ist gegen jede Anfechtung gesichert. Wer aber im Bewußtsein, daß in Folge des materiellen Rechts das Eigenthum des Eingetragenen einer Anfechtung ausgesetzt ist, und überdies — nach Preuß. Recht —, wer schenkungsweise von ihm ein Recht erwirbt, hat auf diesen Erwerb Verzicht zu leisten, wenn die Anfechtung

---

[19]) Haubold § 210 N. b., Sächs. Ges.B. § 292. — Ueber das ältere Hannöver'sche Recht v. Bar d. Hann.'sche Hyp.R. S. 69, 82; jetzt Preuß. Ges. f. Hannover v. 28. Mai 1873. § 43: „Eigenthumsvorbehalte zur Sicherung einer Forderung, welche vor dem Tage, an welchem dieses Gesetz in Kraft tritt, bedungen sind, werden in dem Grundbuchblatte . . . . als Hypothek eingetragen oder vorgemerkt". — Ueber das Bair. R. Roth B. II. § 188. S. 422 f., Regelsberger baier. Hypothekenrecht S. 77 f., 244 ff. — Kurhess. VO. vom 17. Juni 1828. § 6. — Nassauisches Pfandges. v. 1851. § 14, 23. — v. Meibom Meckl. Hyp.R. S. 8 N. 41, S. 108 N. 7. — Römer Württ. Unterpfandr. S. 126 f. — Hyp.O. f. Schwarzb. Rud. v. 6. Juni 1856. § 3. — Preuß. Ges. § 26: „der bei der Veräußerung eines Grundstücks zur Sicherstellung einer Forderung bedungene Vorbehalt des Eigenthums gewährt dem Veräußerer nur das Recht, für die bestimmte Summe eine Hypothek auf das Grundstück eintragen zu lassen"; vgl. Dernburg § 319 N. 12, 13. — Dagegen bestimmt die Bremer Handfesten-O. v. 1860. § 66 ff., daß der bei der Auflassung erklärte Vorbehalt ein Pfandrecht nur für 6 Monate giebt (über älteres Bremer Recht vgl. Höpken im Bremer Jahrb. VI. S. 221) und die Frankf. VO. v. 10. Jan. 1837 (Souchay I. S. 59), daß in Folge des pactum reservati dominii das betreffende Grundstück im Konkurs nur nach Bezahlung des restirenden Kaufgeldes zur Masse gezogen werden darf. — Wo das Partikularrecht nicht ausdrücklich den Eigenthumsvorbehalt einem Pfandrechtstitel gleichstellt, darf an sich ihm diese Bedeutung nicht zugeschrieben werden, Exner östr. Hyp.R. I. S. 145.

[20]) Wer Interessent sei, vgl. oben § 67 N. 21 ff.

[20a]) Es gilt dies nicht bloß für die im Grundbuch eingetragenen Rechte, sondern auch für nicht-eingetragene, z. B. Miethrechte, Dernburg und Hinrichs S. 258.

erfolgt und die Eigenthumseintragung seines Auktors gelöscht wird[21]).

Der eingetragene Erwerber ist also Eigenthümer geworden, auch wenn das Eigenthum seines Auktors beschränkt oder anfechtbar war, falls er sich in bona fide befindet und sich jene Mängel nicht aus dem Grundbuch ergeben. Da er nicht einfach in das Eigenthum seines Auktors succedirt, sondern jede Auflassung einen selbständigen, durch den Richter vermittelten Erwerb bewirkt (vgl. oben § 94 N. 21 ff.), liegt in dieser Ausbildung des neueren Rechts auch kein Widerspruch mit dem allgemeinen Prinzip: nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet[22]).

6. Nicht jede Eintragung als Eigenthümer giebt Eigenthum, sondern nur eine solche, welche den Vorschriften des Gesetzes entspricht. Also nur wenn der Veräußerer, welcher die Eintragung vor dem Grundbuchamt bewilligt, zugleich die Person ist, welche bisher im Grundbuch als Eigenthümer eingetragen war, wenn als Erwerber diejenige Person eingetragen wird, welche von dem Veräußerer vor dem Grundbuchamt als Erwerber bezeichnet ist und welche ihre Eintragung beantragt, und wenn sie als Eigenthümer für dasjenige Grundstück eingetragen wird, auf welches sich die Auflassungserklärungen bezogen, entsteht durch die Auflassung und Eintragung Eigenthum für den Eingetragenen. Ergiebt sich nach einer von diesen Richtungen ein Mangel[23]), so wird der Eingetragene nicht Eigen-

---

[21]) Preuß. Ges. § 9: „die Eintragung des Eigenthumsüberganges und deren Folgen können nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts angefochten werden. Es bleiben jedoch die in der Zwischenzeit von dritten Personen gegen Entgelt und im redlichen Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs erworbenen Rechte in Kraft." Dieser Satz gehörte noch nicht der Preuß. Hyp.O. v. 1722 an; zweifelhaft ist er für die Hypotheken O. v. 1783, Dernburg I. § 191; direkt enthält ihn das Preuß. Landr. I. 10. § 17; über das neueste Recht Dernburg I. § 202. — Aehnliche Bestimmungen in anderen Partikularrechten bei Stobbe S. 265 f.

[22]) Vgl. v. Wächter II. S. 384 ff., 629 und Gruchot Beiträge XIV. S. 603—622.

[23]) z. B. A. ist als Eigenthümer eingetragen, B. läßt auf; A. ist der Erwerber und der Richter trägt B. als solchen ein; die Auflassung bezog sich auf das Grundstück a und der Richter trägt sie beim Grundstück b desselben Eigenthümers ein.

thümer[24]). Denn das Eigenthum wird nicht durch die Eintragung, sondern „durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigenthumsüberganges" erworben (Preuß. Ges. § 1). Freilich hat dieser Eingetragene, dieser lediglich formell als Eigenthümer Erscheinende nicht die Rechte, aber doch die Machtvollkommenheiten, welche das Gesetz unmittelbar dem Eingetragenen zuschreibt. Denn das Prinzip der Publizität wirkt dahin, daß diejenigen, welche in bona fide von ihm Rechte erwerben, gegen jede Anfechtung ihres Erwerbs gesichert sind (vgl. Absatz 5).

Sodann aber tritt noch eine weitere Beschränkung des Prinzips, daß der im Grundbuch Eingetragene Eigenthümer ist, für die Fälle der nicht freiwilligen Veräußerung ein. Denn: „außerhalb der Fälle einer freiwilligen Veräußerung wird Grundeigenthum nach dem bisher geltenden Recht erworben[24a]). Das Recht der Auflassung und Belastung des Grundstücks erlangt aber der Erwerber erst durch seine Eintragung im Grundbuch" (Preuß. Ges. § 5). In derartigen Fällen kann Jemand wahrer Eigenthümer sein, ohne eingetragen zu sein, während der noch Eingetragene nur formeller Eigenthümer, Bucheigenthümer ist, aber das Eigenthum nicht mehr hat.

Es ist daher der neuen Gesetzgebung nicht gelungen und es kann ihr auch nicht gelingen den Zwiespalt zwischen formellem und materiellem Recht, zwischen einem Bucheigenthum und dem wahren Eigenthum zu überwinden. Bei dem Eintragungsprinzip bleiben Fälle zurück, in denen der Eingetragene nur dem Schein, aber nicht der Wahrheit nach Eigenthümer ist[25]).

---

[24]) Ich habe mich von der Unrichtigkeit meiner früheren entgegengesetzten Ansicht (in Ihering's Jahrbb. XII. S. 261 ff., und in der 1. Aufl. d. Handb. II. S. 181) überzeugt. Vgl. für die Ansicht im Text Strohal S. 2 N. 1, S. 163 N. 1, Hartmann Rechte an eigener Sache. 1877. S. 12 ff. (auch in Ihering's Jahrbb. XVII. S. 77 ff.), Förster Grundbuchrecht S. 81, 185 u. s. w.

[24a]) Unrichtig sagt Beseler § 91. II.: „Nach neueren Gesetzen überträgt nur die Auflassung Eigenthum an Grundstücken; die anderen Erwerbsarten, namentlich Erbschaft, Richterspruch und Verjährung bilden nur einen Rechtstitel für die Eintragung."

[25]) Bähr S. 45 ff., 66 ff., 75 ff., Ziebarth S. 21 ff., Hartmann S. 13 N. 13 (bei Ihering S. 78 N. 1), Dernburg und Hinrichs S. 66 ff., 233 ff., 262 f., (Paris) über die rückwirkende Kraft des Eigenthumserwerbsgesetzes, von einem früheren Obertribunalsrath. Berl. 1880. S. 7 ff.

Von all diesen Fällen einer Disharmonie zwischen dem materiellem Recht und dem Inhalt des Grundbuchs sind diejenigen Fälle zu sondern, in welchen der Eingetragene nach den Grundsätzen des Eintragungsprinzips wirklicher Eigenthümer ist, das Bucheigenthum und das wahre Eigenthum zusammenfallen, aber aus Gründen des materiellen Rechts ein Dritter ein Recht auf Eintragung hat[26]). Derselbe kann dann seine Eintragung fordern, aber nicht weil er Eigenthümer ist, sondern weil er ein Recht auf den Erwerb des Eigenthums hat; er klagt im römischen Sinn nicht mit einer vindicatio, sondern mit einer condictio; er behauptet nicht, daß der Inhalt des Grundbuchs falsch, sondern daß er zufolge seines Titels auf Eigenthumserwerb zu ändern sei.

7. Wenn Jemand ein Recht auf Eintragung hat, deren sofortiger Vollziehung aber Bedenken oder Hinderungsgründe entgegenstehen, kann er sich durch eine unter Genehmigung des eingetragenen Eigenthümers oder unter Vermittlung des Prozeßrichters im Grundbuch eingetragene Vormerkung sein Recht gegenüber dem Eigenthümer und gegenüber allen dritten Personen sichern, so daß die sein Recht verletzenden, spätern Eintragungen hinfällig sind[27]).

8. Wo das Grundbuchsystem strenge durchgeführt ist, muß auch der Erbe, nicht um Eigenthum zu erwerben[28]), sondern um die grund-

---

[26]) Preuß. Ges. § 9: „die Eintragung des Eigenthumsüberganges und deren Folgen können nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts angefochten werden"; § 10: „die Anfechtung ist auch auf Grund des Rechtsgeschäfts, in dessen Veranlassung die Auflassung erfolgt ist, statthaft, jedoch wird die mangelnde Form dieses Geschäfts durch die Auflassung geheilt". Z. B. der Käufer soll den Kaufpreis einen Monat nach der Auflassung bezahlen, widrigenfalls die ganze Veräußerung widerruflich sei u. s. w.

[27]) Z. B. Preuß. Gesetz § 8, Achilles zu § 8, Dernburg und Hinrichs S. 345 ff., 377 ff. — Wird in Betreff des Grundstücks das Expropriationsverfahren eingeleitet, so soll nach dem Preuß. Expropriationsgesetz v. 1874 § 24 über diese Einleitung von Amtswegen eine Vormerkung gemacht werden, sobald der Unternehmer von der Buchbehörde einen Auszug aus dem Grundbuch für das Expropriationsverfahren fordert.

[28]) Das Sächs. GB. § 2286 verlangt die Eintragung zum Erwerbe des Eigenthums; über die Unzweckmäßigkeit dieser Bestimmung vgl. v. Wächter Platzrecht. Leipz. 1868. S. 241 f. N. 1.

buchmäßigen Dispositionen des Eigenthümers vornehmen zu dürfen, sich eintragen lassen[29]).

9. Die Tradition des Grundstücks ohne Auflassung und Eintragung giebt nicht Eigenthum[29a]), sondern nur die Rechte eines bonae fidei possessor[29b]), und der veräußernde Tradent bleibt noch weiter Eigenthümer. Indessen hat ein solcher Besitzer andern Personen als dem Bucheigenthümer gegenüber die actio Publiciana[29c]).

Für denjenigen, welcher auf Grund eines Veräußerungsgeschäfts den Besitz des Grundstücks erworben hat, besteht ein Zwang zur Besitztitelberichtigung nur nach einzelnen Partikularrechten. Indirekt findet insofern eine Röthigung statt, als der bloße Besitzer nicht zu Dispositionen vor dem Grundbuchamt legitimirt ist und er die von dem eingetragenen Eigenthümer vorgenommenen Veräußerungen und Belastungen anerkennen muß. Nach neueren Gesetzen ist der nicht eingetragene Erwerber der Vindikation von Seiten des eingetragenen Eigenthümers ausgesetzt und hat nicht einmal die exceptio rei venditae et traditae, sondern kann sein Recht nur durch Widerklage geltend machen[30]). Auch muß er, wenn der Bucheigenthümer in Konkurs fällt, das von ihm besessene Grundstück an die Konkursmasse ausliefern[31]).

---

[29]) Detail bei Stobbe S. 267 ff. und unten im Erbrecht.

[29a]) Vgl. für das Oesterr. Recht Strohal S. 44 ff.

[29b]) Vgl. aber in Betreff des Preuß. Rechts Erk. des Reichs-Ger. II. no. 81.

[29c]) Strohal S. 89 ff., Dernburg und Hinrichs S. 262 f., Achilles S. 99. Das Sächs. GB. § 325 schließt für Immobilien die actio Publiciana aus.

[30]) Preuß. Ges. § 7: „Der eingetragene Eigenthümer ist kraft seiner Eintragung befugt, alle Klagerechte des Eigenthümers auszuüben. . . . Hat der Beklagte von dem Kläger oder seinem Rechtsvorgänger auf Grund eines den Eigenthumserwerb bezweckenden Rechtsgeschäfts den Besitz des Grundstücks erhalten, so sind die aus dem Rechtsgeschäft herzuleitenden Rechte nicht als Einrede, sondern nur durch Klage oder Widerklage geltend zu machen“; vgl. Achilles S. 98, Förster S. 183 ff., Dernburg und Hinrichs S. 241 f. — Dagegen hat er nach Oesterr. Recht — und es erscheint dies auch als zweckmäßig — eine Einrede aus dem obligatorischen Verhältniß, welches ihm den Besitz verschaffte, Strohal S. 75 ff.

[31]) Strohal S. 84 ff., Dernburg und Hinrichs S. 284 f.; vgl. auch Baumeister I. S. 137 N. 36, S. 211 N. 3 b. Anders nach Sächsischem Recht: hier hat der im Besitz befindliche Käufer, wenn er den Kaufpreis bezahlt oder

Fünfter Abschnitt. Schutz des Eigenthums.

§ 96.

I. Zu Folge des im deutschen Recht geltenden Eintragungsprinzips, wonach in weitem Umfange der Eigenthumserwerb bei Grundstücken durch Auflassung und Eintragung des Erwerbers im Grundbuch vermittelt wird, hat der Schutz des Eigenthums im Prozeß gegen das Römische Recht sehr wesentliche Veränderungen erfahren. Die Streitigkeiten um das Recht an Grundstücken gestalten sich vielfach zu Streitigkeiten um den Inhalt des Grundbuchs: es wird geklagt aus dem Eintrag im Grundbuch oder gegen den Eintrag, um eine Aenderung oder Löschung desselben zu erreichen.

1. Während nach Römischem Recht der Vindikant sein Eigenthum zu beweisen hat, steht nach heutigem Recht dem Kläger die Präsumtion seines Eigenthums zur Seite, wenn er sich auf seine Eintragung im Grundbuch berufen kann. „Der eingetragene Eigenthümer ist Kraft seiner Eintragung befugt, alle Klagerechte des Eigenthümers auszuüben, und verpflichtet, sich auf die gegen ihn als Eigenthümer des Grundstücks gerichteten Klagen einzulassen[1].“ Durch Berufung auf das Grundbuch hat er sich zur Anstellung der Eigenthumsklage legitimirt[2]).

2. Aber neben dem Erwerb des Eigenthums durch Eintragung bestehen, soweit es sich nicht um eine freiwillige Veräußerung handelt, die andern Erwerbsgründe des Eigenthums weiter fort, und andererseits kann eine Eintragung ungültig sein und den bisherigen Eigenthümer nur scheinbar, nur aus dem Grundbuch verdrängt haben, während materiell sein Eigenthum fortbesteht. So gilt denn der im Grundbuch Eingetragene auch nur im allgemeinen als Eigenthümer, er ist es aber nicht immer. In solchen Fällen kann der

---

kreditirt erhalten hat, gegen die Gläubigerschaft des Verkäufers eine Klage auf Umschreibung des Grundstücks auf seinen Namen, Schmidt I. S. 216 vgl. mit S. 212.

[1]) Preuß. Ges. v. 5. Mai 1872 § 7; vgl. darüber Entsch. d. Reichsger. II. S. 229 f., V. S. 283 ff.

[2]) Ueber die Beschränkung der Einreden gegen seine Vindikation vgl. oben § 95 N. 30.

wirkliche Eigenthümer, ohne eingetragen zu sein, klageweise sein Eigenthum gegen dritte Personen oder gegen den Bucheigenthümer verfolgen. Im letzteren Fall kann die Präsumtion aus dem Grundbuch überwunden werden; es kann das formale, scheinbare Eigenthum zu Gunsten des außerbücherlichen Eigenthums vernichtet werden.

a) Für die Vindikation des wahren Eigenthümers dritten, nicht-eingetragenen Personen gegenüber[3]) gelten die dem Römischen Recht angehörigen Grundsätze; er hat sein Eigenthum zu erweisen, falls er es nicht vorzieht mit der actio Publiciana zu klagen[4]).

b) Steht der nicht eingetragene Eigenthümer im Prozeß dem Bucheigenthümer gegenüber, so hat er die Thatsachen zu erweisen, welche sein Eigenthum geschaffen oder das Eigenthum des Beklagten nicht haben entstehen lassen. Er klagt auf Anerkennung und Eintragung seines Eigenthums; er ficht den Inhalt des Grundbuchs an, fordert die Löschung des Beklagten und seine eigene Eintragung. Seine Klage ist keine einfache Feststellungsklage; denn sie hat zum Zweck, daß der Bucheigenthümer nicht ferner als solcher erscheine, daß die demselben zustehende Machtvollkommenheit vernichtet werde[5]).

Diese Klage ist eine besondere Klage des deutschen Rechts, welche nur unvollkommen charakterisirt wird, wenn man sie als vindicatio oder als actio negatoria bezeichnet[6]). Sie ist keine Vindikation; denn ihre Voraussetzung ist es nicht, daß der Beklagte sich im Besitze des Grundstücks befindet und dem Kläger dasselbe vorenthält[7]). Sie ist aber auch keine actio negatoria[8]); denn der Kläger behauptet

[3]) Z. B. Der noch nicht eingetragene Erbe klagt auf Herausgabe eines zur Erbschaft gehörigen Grundstücks gegen den Besitzer.

[4]) Vgl. auch § 95 N. 29°.

[5]) Vgl. darüber Weismann die Feststellungsklage 1879. S. 136 ff.; vgl. auch O. Müller Reallasten 1878. S. 63 f.

[6]) Achilles S. 109 nennt sie „eine zwischen der rei vindicatio und der negatoria die Mitte haltende Klage"; damit ist natürlich nichts gewonnen.

[7]) Man könnte sie eine vindicatio im weiteren Sinne nennen; denn es ist richtig, was Weismann S. 138 f. sagt: „zum Vollgenuß seines Eigenthums ist dem Eigenthümer der Eintrag nicht minder wesentlich als der Besitz, und der Bucheigenthümer, der als solcher die formelle Dispositionsbefugniß über das Grundstück hat, verletzt das Eigenthum des Klägers nicht minder als derjenige, der faktisch in Folge seines unberechtigten Besitzes über das Grundstück zu disponiren in der Lage ist."

[8]) Dies behauptet z. B. das O. A. Ger. zu Kassel, Seuffert IX. 138.

nicht, daß der Beklagte partiell das klägerische Eigenthum verletze, sondern daß er nicht Eigenthümer sei, und fordert von ihm die Aufgabe seines Scheineigenthums.

3. Von dieser Anfechtungsklage ist streng zu unterscheiden die Klage, bei welcher der Kläger das Eigenthum des bisher Eingetragenen nicht bestreitet, aber seinerseits einen Titel auf Eigenthumserwerb anführt und darum fordert, daß der Beklagte durch Auflassung das bisher ihm zustehende Eigenthum auf ihn übertrage. Indem er behauptet, daß wenn der Beklagte die Umschreibung weigere, er für die Zukunft zu Unrecht Eigenthümer sein würde, hat er die seinen Anspruch rechtfertigenden Thatsachen zu erweisen. Diese Klage ist nicht dinglich, sondern persönlich[8a]).

II. Ueber die actio Publiciana vgl. oben § 95 N. 29[a] und überdies unten § 147 V.

III. Die actio negatoria hat im modernen Recht einen weiteren Geltungskreis, als nach römischem Recht. Während nach letzterem diese dingliche die Freiheit des Eigenthums von Beschränkungen verfolgende Klage[9]) nur zulässig ist, wenn der Beklagte eine Servitut behauptet, oder Störungen vorgenommen hat, welche, wenn sie berechtigt wären, sich als Ausübung einer Servitut charakterisiren würden[10]), hat sowohl die gemeinrechtliche Praxis als auch die moderne Gesetzgebung längst ihr Gebiet erweitert. Hier sollen einzelne Punkte hervorgehoben werden:

a) die Klage ist auch zulässig, wenn der in Anspruch genommene Grundbesitzer das Bestehen einer Reallast leugnet (vgl. unten § 102 N. 25)[11]),

b) oder wenn er die Löschung von Hypotheken oder sonstigen sein Eigenthum beschränkenden Eintragungen in dem Grundbuch fordert[12]).

[8a]) Vgl. auch O. Müller Reallasten S. 62 f. N. 6.

[9]) Windscheid § 198, Förster III. § 181, Dernburg I. § 250, Roth B. II. § 150, Hesse in v. Jhering's Jahrbüchern VIII. S. 82 ff.

[10]) Werenberg in v. Jhering's Jahrbb. VI. S. 36, Hesse daselbst VI. S. 411, VIII. S. 90 ff., 92 ff., 105; Dernburg I. § 250 N. 2. — Anderer Ansicht Windscheid § 198 N. 8.

[11]) Nach Seuffert XXI. no. 216 soll auch der Realberechtigte mit der actio negatoria bestreiten dürfen, daß er als Aequivalent für seine Berechtigung selbst eine Verpflichtung anzuerkennen habe.

[12]) Roth B. II. § 150 N. 7 vgl. mit § 196 N. 1, Dernburg I. § 336,

c) Es wird eine thätliche Störung des Eigenthums nicht vorausgesetzt; auch die bloße Berühmung oder das wörtliche in Anspruch Nehmen eines das Eigenthum beschränkenden Rechts reicht zur Klaganstellung hin[13]). Andererseits ist es aber bei einer erfolgten Beeinträchtigung nicht erforderlich, daß sich der Gegner ein Recht zuschreibt[14]).

d) Die alte gemeinrechtliche Controverse[15]), ob der Kläger bloß sein Eigenthum oder die Nichtexistenz eines beschränkenden Rechts zu beweisen habe, wird in den neueren Partikularrechten und in der Praxis regelmäßig dahin beantwortet, daß der Negatorienkläger nur sein Eigenthum und der Beklagte die Existenz eines beschränkenden Rechts zu beweisen habe[16]).

Förster N. 16, 17, Platner Kurheff. Sachenr. S. 168 N. 3, v. Bar Hannöv. Hyp.R. S. 42, v. Meibom Meckl. Hyp.R. S. 87 N. 3, Regelsberger Bayer. Hyp.R. S. 482 f., Seuffert IX. no. 138, XII. no. 247, XXVIII. no. 200. — Streng genommen kann man diese Klage nur dann als actio negatoria bezeichnen, wenn das Recht selbst erloschen ist, nicht aber auch dann, wenn nur ein Titel auf Löschung im Grundbuch besteht; vgl. v. Meibom S. 278, Regelsberger S. 483 N., Seuffert XII. zu no. 247.

[13]) Roth B. II. § 150 N. 10, Windscheid N. 10, Seuffert XIV. no. 273, XV. no. 101, XVIII. no. 117, XXXIV. no. 100; vgl. auch Sächs. GB. § 321, Preuß. allg. Ger.O. I. 32. § 1. no. 1 u. § 2. — Anderer Ansicht Hesse S. 92, 122 ff., Seuffert XX no. 105.

[14]) Windscheid N. 7, Seuffert VIII. no. 94, vgl. auch XXXI. no. 115.

[15]) Daß sie im deutschen Recht ihren Ursprung habe, vertheidigt Planck Zeitschr. f. d. R. X. S. 277 N. 159.

[16]) Windscheid N. 14 ff. — Weimar'sches Ges. v. 16. Apr. 1833, Lippe'sche VO. v. 25. Mai 1847, Sächs. GB. § 322, 323. — Praxis von Darmstadt, Celle Lübeck, Kassel, Rostock, Wolfenbüttel, Mannheim, Flensburg bei Seuffert I. no. 409, X. no. 139, XV. no. 102, XVII. no. 211, XIX. 125 (reiche Literaturnachweise; Lübeck), XX. no. 14. — Schwankende Praxis in Baiern Roth N. 14 ff. — Entgegengesetzte Erkenntnisse von München, Lübeck und Stuttgart bei Seuffert I. no. 17, 18, II. no. 142, XIX. 125. I.

Zweites Kapitel. Die Dienstbarkeiten.

§ 97. Im Allgemeinen.

Die nachbarlichen Beziehungen der Grundbesitzer auf dem Lande und in den Städten brachten es schon in alter Zeit mit sich, daß der Eine mit Bezug auf den Grundbesitz in die dem Andern zustehende Rechtssphäre gelegentlich eingreifen durfte. Vielfach galten gesetzliche Vorschriften, wonach ein Grundbesitzer im Interesse des Andern mit Bezug auf die Ausübung seines Eigenthumsrechts sich gewisse Beschränkungen auferlegen oder dem Nachbarn Eingriffe in sein Eigenthum gestatten mußte[1]). Daneben aber beruhten sowohl auf dem Lande wie in den Städten zahlreiche Dienstbarkeiten auf vertragsmäßiger Bestellung; auch wurde derjenige, welcher eine Dienstbarkeit thatsächlich ausübte, geschützt, wenn er sich längere Zeit in dem Besitz befunden hatte (rechte Gewere; vgl. N. 30, 31). Schon längst vor der Reception des römischen Rechts bestanden Prädialservituten, ohne daß man sich den Begriff zu klarem Bewußtsein gebracht hatte. Mit der Reception war es daher möglich die vorhandenen Dienstbarkeiten unter die allgemeinen römischen Lehren zu bringen, und die spätern Gesetzbücher haben regelmäßig für sie mit dem römischen Recht übereinstimmende Grundsätze aufgestellt[2]). Doch bestand in faktischer Beziehung in Deutschland ein viel größerer Reichthum an Prädialservituten.

In geringerem Maße haben die römischen Sätze über Personalservituten Anwendung in Deutschland gefunden. Zahlreiche Nutzungsrechte an fremdem Grund und Boden gestalteten sich in so eigenthümlicher Weise, daß sie nicht als Servituten, sondern als besondere deutschrechtliche jura in re aliena aufzufassen waren, und andererseits konnten auch die dem Familienrecht angehörigen Nieß-

---

[1]) Vgl. oben § 85 u. 86. — Auf solche Berechtigungen kann natürlich der Nachbar Verzicht leisten (Preuß. Landr. I. 8. § 191). Thut er es nicht bloß für seine Person, so wird dadurch eine jene Beschränkung aufhebende Servitut seines Grundstücks begründet, Förster III. § 170 N. 3, Roth B. II § 121 N. 10.

[2]) Wohl die älteste Darstellung des Servitutenrechts in Deutschland enthält das Brünner Schöffenbuch c. 617 ff.

brauchsarten an einem Vermögen oder an einzelnen Vermögensmassen, so das Recht des Ehemanns am Vermögen seiner Frau, die Leibzucht des überlebenden Gatten am Nachlaß des verstorbenen u. s. w. nur in sehr uneigentlichem Sinne als ususfructus gelten.

Es sind hier zunächst einige allgemeine Betrachtungen voranzustellen und dann im folgenden Paragraphen einzelne Arten von Dienstbarkeiten zu besprechen.

1. Da die Dienstbarkeit ein Recht an einer fremden Sache ist (nulli res sua servit), erlischt sie, wenn die Person des Berechtigten und die des Eigenthümers der dienenden Sache zusammenfällt, und lebt auch nicht wieder auf, wenn später eine Trennung erfolgt. Von dieser Regel tritt im modernen Recht eine Ausnahme ein, wenn die Prädialservitut im Grundbuch eingetragen ist. Da nämlich nach dem neueren Grundbuchrecht eingetragene Rechte nur durch Löschung untergehen, so ruht, so lange das dienende und das herrschende Grundstück derselben Person gehört, nur die Möglichkeit die Servitut auszuüben; sie ist aber nicht durch die Consolidation untergegangen, sondern wird formell als bestehend aufrecht erhalten und kann wieder ausgeübt werden, sobald sich die beiden Grundstücke in verschiedenen Händen befinden. Es war nicht das Recht untergegangen und lebt später wieder auf, sondern es tritt jetzt nur die Möglichkeit ein, es von neuem auszuüben[3]).

---

[3]) Preuß. Landr. I. 22. § 52—54, Oestr. GB. § 526, Meckl. Hyp.O. f. Landgüter 1848. § 8, Hess. Darmst. Hyp.O. 1858. § 139: „Dienstbarkeiten und andere Rechte, welche dem dritten Besitzer an dem verpfändeten Gegenstande zustanden, ehe er ihn erworben hat, leben, nachdem er denselben aufgegeben hat .... wieder auf". Sächs. GB. § 594: „Grunddienstbarkeiten erlöschen, wenn sich das alleinige Eigenthum an dem herrschenden und dienenden Grundstücke in einer Person vereinigt, leben aber wieder auf, wenn die Vereinigung des Eigenthums an beiden Grundstücken aus dem Grunde aufhört, weil solche entweder von Anfang an nur eine vorübergehende war, oder durch Anfechtung des ihr zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts aufgehoben wird." — v. Ihering Jahrbb. X. S. 447 ff., 450 ff., 456 ff., G. Hartmann, Rechte an eigener Sache S. 35 ff. (in Ihering's Jahrbb. XVII. S. 97 ff.). — Auch ist nichts gegen v. Ihering's Ansicht einzuwenden, daß der Eigenthümer zweier benachbarter Grundstücke eine Servitut zu Gunsten des einen eintragen lassen kann, welche in der Zukunft ihre Bedeutung gewinnt, wenn die beiden Grundstücke nicht mehr denselben Eigenthümer haben. Vgl. auch die interessante Baseler Entscheidung in d. Zeitschr. f. schweiz. R. XXIII. S. 181 ff.

Aber es sind auch noch einige andere Fälle hervorzuheben, in denen eine Dienstbarkeit nicht untergeht: so, wenn der Vasall oder Bauer zu seinem Lehn- oder Bauergut ein Allod hinzuerwirbt, mit Bezug auf welches ein Servitutenverhältniß zu dem ersten Gut besteht; denn hier gehören nicht beide Güter demselben Eigenthümer, sondern hat der Besitzer an dem einen Gut nur ein jus in re aliena[4]).

Auch kann bei der dem Eigenthum nahe kommenden Natur des Lehnrechts und des Erbpachtrechts, welche die Rechte des Eigenthümers am Gut stark reducirt, ein Dienstbarkeitsverhältniß zwischen zwei demselben Herrn gehörigen Gütern, von denen das eine ein Vasall oder ein Erbpächter besitzt, oder zwischen zwei Lehngütern oder zwischen zwei Erbpachtgütern desselben Lehns- oder Gutsherrn bestehen, wenn sie an verschiedene Personen ausgethan sind[5]). Eben dasselbe ist anzunehmen, wenn der Eigenthümer des einen Grundstücks Mitglied eines nicht mit Corporationsrechten ausgestatteten Vereins ist[6]), welchem das andere Grundstück gehört. Denn wenn er auch als Miteigenthümer dieses zweiten Grundstücks erscheint, so besteht doch eine solche Trennung zwischen dem Sondervermögen der Einzelnen und zwischen dem, was sie als Vereinsmitglieder besitzen, daß das Grundstück des Vereins in Rücksicht auf die Mitglieder als eine res aliena erscheint[7]).

2. Die Dienstbarkeit ist ein Recht an einer fremden Sache,

---

[4]) v. Langenn u. Kori III. S. 73 ff., v. Ihering X. S. 451. — Ueber einen verwandten Fall vgl. v. Ihering S. 450. — Kori S. 77 ff. nimmt auch an, daß die Servitut bestehen bleibt, wenn beide Güter in dieselbe Hand kommen, aber das eine durch eine bleibende Einrichtung (z. B. servitus oneris ferendi, tigni immittendi) dem andern dient und in diesem Zustande später das eine wieder veräußert wird. Ebenso Zachariä französ. R. II. § 252.

[5]) Seuffert XXIV. no. 216, Platner S. 23. — Es ist auch zulässig, daß der Superficiar dem Eigenthümer an dessen eigener Sache eine Servitut oder Hypothek einräumt, Hartmann S. 18 ff. (S. 82 ff.).

[6]) Vgl. oben I. § 61 und daselbst N. 1.

[7]) Auch nach römischem Recht (L. 8. § 1. D. 8. 1, L. 27. D. 28. 3) blieb ja die Servitut bestehen, wenn der Eigenthümer des einen Grundstücks Miteigenthümer des andern wird; Seuffert XXII. no. 19. Aber wir werden über das römische Recht hinaus bei solchem Eigenthumsverhältniß auch die Möglichkeit der Bestellung einer Servitut behaupten dürfen; vgl. auch Hartmann S. 29 f. (S. 91 f.).

kein Recht gegen die Person des Besitzers; ihr Inhalt kann daher nicht auf ein Handeln gehen[8]). Somit dürfen die Reallasten nicht zu den Dienstbarkeiten gezählt werden[9]). Indessen wie schon nach römischem Recht bei der servitus oneris ferendi der Eigenthümer des praedium serviens secundär zu einem Handeln verpflichtet sein kann[10]), um die Ausübung der Servitut zu ermöglichen, so kommt es nach deutschem Recht in verschiedenen Anwendungsfällen vor[11]), daß der Eigenthümer des pflichtigen Grundstücks zu obligatorischen Leistungen verbunden ist, sowie es andererseits mit dem Wesen der Servitut verträglich ist, daß der Berechtigte für die Ausübung der Dienstbarkeit eine Gegenleistung zu entrichten hat[12]).

3. Während eine Prädialservitut nach römischem Recht nur zu Gunsten eines Grundstücks oder vielmehr des Besitzers desselben be-

---

[8]) Der Satz: servitus in faciendo consistere nequit ist nicht bloß römisch, sondern folgt aus dem Wesen der Servituten; vgl. auch Friedlieb Reallasten S. 147 ff., 150 ff., Sächs. GB. § 522: „Eine Dienstbarkeit kann nicht darin bestehen, daß der Eigenthümer der dienenden Sache etwas gebe oder thue. Soll eine solche Verpflichtung mit einer Dienstbarkeit verbunden sein, so gelten darüber die Vorschriften über die Reallasten." — Dagegen nimmt allerdings der C. Max. Bav. II. 7. § 2 servitutes in faciendo an und Kreittmayr zu dieser Stelle meint, daß die Ansicht, sie seien unmöglich, „nur eine römische Subtilität sei, welche weder mit dem Jure naturae, noch Germanico et hodierno übereinstimmt". — Literatur über diese Theorie von servitutes in faciendo bei Duncker Reallasten S. 12 ff.

[9]) Wohl nur in uneigentlichem, nicht technischem Sinne sagt die Meckl. Stadtbuch-O. v. 1857. § 2: Realservituten und diejenigen Dienstbarkeiten, „welche den Eigenthümer eines Grundstücks als solchen zu persönlichen Leistungen gegen den Eigenthümer eines andern Grundstücks verpflichten".

[10]) Windscheid § 211ᵃ N. 3, und außerdem auch v. Ihering Jahrbb. X. S. 554 ff.

[11]) Die Pflicht, den Weg zu unterhalten bei einer Wegegerechtigkeit, Bluntschli Zürich. RG. II. S. 110, Seuffert I. no. 183 (Stuttg.); die Pflicht des Waldeigenthümers in Rücksicht auf eine Holzungsgerechtigkeit den Wald in ordentliche Schläge einzutheilen, Preuß. Ldr. I. 22. § 230, 232; die Pflicht den Graben zu Zeiten zu reinigen bei einer Wasserleitungsgerechtigkeit, Seuffert XVII. no. 8; vgl. auch XIV. no. 117, XXI. no. 214, XXXIV. no. 16. — Zür. GB. § 690, Oestr. GB. § 483. — Vgl. übrigens auch Roth B. II. § 175. S. 354 ff., Dernburg § 293. 2.

[12]) Sächs. GB. § 523, 531; daß die Pflicht zu solchen Gegenleistungen unter Umständen die Natur einer Reallast annehmem kann, O. Müller die Reallasten S. 20 ff.; vgl. auch unten § 98 N. 27.

stellt werden kann und sie demgemäß, was ihren Inhalt betrifft, nicht dem persönlichen Bedürfniß des Grundbesitzers, sondern den dauernden Verhältnissen des Grundstücks entsprechen muß[12a]), gilt dies nach deutschem Recht nur als allgemeine Regel. Es giebt hier auch Dienstbarkeiten, bei denen eine Corporation, resp. deren Mitglieder oder auch einzelne Personen eine partielle Herrschaft über ein Grundstück ausüben, welche ihrem Inhalt nach einer römischen Prädialservitut entsprechen würde[13]). Man bezeichnet sie oft auch als Prädialservituten; da aber nach römischem Recht die Eintheilung in Prädial- und Personalservituten in Rücksicht auf das herrschende Subjekt gemacht wird, sollte man ihre Auffassung als Prädialservituten vermeiden. Beispiele für derartige deutschrechtliche Dienstbarbeiten sind z. B. Wegegerechtigkeiten zu Gunsten der sämmtlichen Mitglieder einer Gemeinde[13a]), oder das Recht für eine bestimmte Person und deren Rechtsnachfolger, in einem Grundstück gewisse gewerbliche Einrichtungen zu machen und zu benutzen[14]), u. s. w.[15]).

4. Bestritten ist es, ob auf ein Grundstück die Beschränkung, daß in ihm, um die Conkurrenz auszuschließen, ein bestimmtes Gewerbe nicht betrieben werden soll, als Servitut gelegt werden kann[16]). Da hier nicht eine Beschränkung des Eigenthums, sondern der persönlichen Freiheit begründet wird, ist eine solche Verpflichtung schon ihrem Inhalt nach gar nicht geeignet, als Servitut zu erscheinen[17]). Indessen kann der Verabredung durch Eintragung im Grundbuch ein dinglich wirksamer, jeden dritten Erwerber beschränkender Charakter gegeben werden; sie wird dadurch zu einer den Reallasten zu paral-

---

[12a]) Vgl. aber auch Seuffert XXXIII. no. 290.

[13]) Seuffert XXXVI. no. 108, Entsch. d. Rchs-Ger. IV. no. 38, VII. no. 53.

[13a]) Bluntschli Zür. R. G. II. S. 107 f.

[14]) Seuffert XXIII. no. 112.

[15]) Seuffert VI. no. 11, XXIX. no. 111; vgl. auch Seuffert Pand. § 162 N. 4. — Zür. GB. § 688, Sächs. GB. § 601 al. 2. — Roth B. II. § 156 N. 6.

[16]) Ganz und gar verbietet eine solche Beschränkung die Frankf. Reform. II. 3. § 18.

[17]) Seuffert XIX. no. 18 (Stuttg.), XX. no. 206 (Celle). — Der Einsender von XIX. no. 18 vertheidigt die Ansicht, daß eine Eigenthumsbeschränkung, eine Realdienstbarkeit vorliege.

lelisirenden Verpflichtung[18]). Da sie aber für den Berechtigten keinen Werth hat, wenn er selbst in eine andere Gegend zieht, darf sie nur zu Gunsten eines praedium dominans, aber nicht zum Vortheil einer bestimmten Person auferlegt und nicht an andere Personen cedirt werden[19]).

Dagegen ist es eine wahre Servitut, wenn der Eigenthümer eines Grundstücks gewisse Fabrikanlagen nicht unternehmen darf, welche für den Nachbar (z. B. durch Rauch, Geräusch, Geruch) eine Belästigung mit sich bringen; hier ist in der That der Eigenthümer in der beliebigen Ausnutzung seines Eigenthums beschränkt[20]). Aber auch dies Recht darf nur zu Gunsten eines praedium dominans bestellt werden, da es für den Berechtigten seinen Werth verlieren würde, wenn er nicht mehr Eigenthümer des benachbarten Grundstücks ist[21]).

5. Dienstbarkeiten entstehen durch Vertrag (Testament), durch Verjährung oder durch Ausspruch der Obrigkeit, wenn ein gesetzlicher Anspruch auf Erwerb einer Dienstbarkeit durch Expropriation geltend gemacht wird[21a]).

Auch eine stillschweigende Bestellung ist möglich, wenn Jemand von zwei Grundstücken, von denen das eine mit Belästigung des andern benützt wurde, das eine veräußert und dabei die belästigenden Anlagen oder Vorrichtungen nicht beseitigt werden, oder wenn die Benützung des einen ohne Fortbestand der Belästigung nicht möglich ist[22]).

Zur vertragsmäßigen Bestellung[23]) wurde für Grunddienstbar-

---

[18]) Während die Reallasten den Besitzer zu einem facere verpflichten, ist hier der Inhalt ein non facere, Friedlieb Reallasten S. 305; dagegen Seuffert XX. no. 106.

[19]) Seuffert XX. no. 15.

[20]) Seuffert XXV. no. 220.

[21]) Anderer Ansicht, wie es scheint, Seuffert VI. no. 11.

[21a]) z. B. Bestellung eines Nothwegs, vgl. oben § 85. 1, Bestellung einer Servitut zur Bewässerung, z. B. Preuß. Ges. v. 28. Febr. 1843 § 19. 2, § 24, 25.

[22]) Sächs. GB. § 575, franz. R. Zachariä II. § 252; Seuffert XXI. no. 105, XXXI. no. 119, XXXV. no. 278, XXXVI. no. 15; vgl. auch XXXII. no. 115 und XXXVII. no. 10.

[23]) Einer quasi-traditio des Rechts bedarf es nicht, Windscheid § 212 N. 1. — Die entgegengesetzte Ansicht gilt zum Theil in der Praxis, Roth B. II.

keiten im Mittelalter regelmäßig eine obrigkeitliche oder richterliche Bestätigung erfordert[23a]). Das neuere Recht entbehrt der einheitlichen Gestaltung: viele Partikularrechte fordern gerichtliche Confirmation[24]) oder notarielle Verbriefung[25]) oder Eintragung in das Grundbuch[26]) des praedium serviens[27]), wogegen andere Gesetze die Eintragung nur für gewisse Dienstbarkeiten oder gar nicht fordern[28]). Die Ver-

---

§ 153 N. 22, Schmidt I. S. 327; für das Preuß. R. vertheidigt sie Förster III. § 187 N. 27 ff.; vgl. aber dagegen Dernburg I. § 296 N. 9, 10.

[23a]) Aufnahme eines Schöffenbriefs, system. Schöffenr. V. 18; vom Bürgermeister besiegelte Urkunde, Wiener Stadtr. art. 129 und Wiener Urk. v. J. 1360 bei Schuster Wiener Stadtr. S. 121 f. und 142; vom Richter besiegelte Urkunde, Solothurner Urk. v. J. 1421 bei Amiet die Geldwucherer des Mittelalters 1877. S. 254; in Olmütz wird im J. 1357 eine Servitus altius non tollendi in das Stadtbuch eingetragen, bei Bischoff Olmützer Stadtbuch S. 41; über die Eintragung in das Stadtbuch zu Lübeck Pauli Zustände III. S. 44 f. Nachdem im Jahre 1221 im Prozeß zu Boppard eine Dienstbarkeit erstritten ist, ergeht der richterliche Bann, daß Niemand dies Recht angreifen soll, Schröder Urkk. (2. Aufl.) no. 118. — Vgl. auch v. Duhn deutschrechtliche Arbeiten 1877. S. 23 ff., v. Bunge die Stadt Riga 1878. S. 21. — Dagegen Hannöversche Urk. v. J. 1314 (Hannov. Urk.-Buch no. 117): Die Grundeigenthümer haben gewisse Häuser abgebrochen und versprechen, falls sie die area veräußern sollten, dafür zu sorgen, quod emptor seu emptores ipsarum non debent id ipsum similiter attemptare, d. h. daß sie nicht etwa den Platz wieder bebauen.

[24]) Nach den Freiburger Statuten (Kraut § 98. no. 26) soll die Bestätigung dem richterlichen arbitrium unterliegen, da die Belastung mit Servituten nicht erwünscht sei. — Im ältern sächs. R. bestand eine Controverse, Haubold § 191[b] Zus. 2, Emminghaus S. 127. no. 105. — Ueber Partikularrechte, welche die Confirmation fordern, Sachse § 289 N. 3 (Weimar'sches Pfandges. v. 1839 § 139), Heimbach § 191 N. 2, Reyscher II. § 303 N. 2 vgl. mit N. 11.

[25]) Roth B. II. § 153 N. 19.

[26]) Z. B. Oestr. GB. § 481 (Strohal in Grünhut's Zeitschr. IV S. 475 ff.) Braunschw. R. Seuffert XXV. no. 201. — Ueber die hanseatischen Rechte v. Duhn deutschrechtliche Arbeiten 1877 S. 23 ff., 30 ff., 46 ff.: die Eintragung sei erforderlich, außer wo sich die Dienstbarkeit bereits äußerlich dokumentirt. Die Servitut entstehe durch Vertrag, bedürfe aber zur dinglichen Wirksamkeit der Eintragung.

[27]) Auf dem Folium des herrschenden Grundstücks findet keine Eintragung statt, Meckl. Stadtb. O. von 1857. § 1. no. 5; vgl. aber Preuß. Grundbuch O. § 5 und Dernburg und Hinrichs Preuß. Hyp. R. S. 186 ff.

[28]) Nach der Preuß. Hyp. O. v. 1783 I. § 54 erfolgt die Eintragung nur, „wenn die Interessenten pro conservando jure darauf ausdrücklich an-

sonalservituten sind auch nach solchen Gesetzgebungen einzutragen, welche für die Prädialservituten den laxeren Standpunkt einnehmen[29]).

6. Dienstbarkeiten konnten nach älterm Recht nicht ersessen werden. Doch wendet man auf sie die Sätze von der rechten Gewere an, so daß, wer Jahr und Tag hindurch die Dienstbarkeit ausgeübt hat, näher ist sein Recht zu beweisen, als der Grundbesitzer die Freiheit seines Eigenthums[30]); wie auch andererseits der neue Erwerber des praedium serviens die Gerechtigkeit nicht zu

---

tragen"; nach dem Preuß. Landr. I. 22. § 18 (vgl. mit § 16, 17) sollten solche Grundgerechtigkeiten eingetragen werden, welche den Nutzungsertrag des Grundstücks schmälern und gleichwohl durch keine in die Augen fallenden Kennzeichen der Anstalten angedeutet werden. Dieser Satz ist durch Anhang § 58 aufgehoben, und auch nach dem Preuß. Ges. von 1872 § 12 bedürfen die Grunddienstbarkeiten keiner Eintragung. Die Motive geben als Grund an, daß diejenigen Realdienstbarkeiten, welche den Nutzungswerth schmälern, wie Forst- u. Weideservituten großentheils aufgehoben seien und durch Verjährung nicht mehr begründet werden könnten.

Ebenso erfolgt keine Eintragung nach Hannover'schem Recht (v. Bar Hann. Hyp. R. S. 26 N. 13), nach Sachsen-Weimar'schem Recht (Minist.-VO. v. 29. Aug. 1872, Reg. Bl. S. 385 f.), nach der Neuvorpomm.'schen Hyp. O. von 1868. § 11 vgl. mit § 72, dem Baierischen Hyp. Ges. § 22. no. 5 (sind sie trotzdem eingetragen, so kommt dieser Eintragung keine Rechtswirkung zu, Passauer Erk. v. J. 1873 in Hauser's Zeitsch. III. S. 165), dem Französ. (Zachariä II. § 250), Hamburg. Recht (Baumeister I. S. 149 f.), dem Sächs. GB. § 574 vgl. mit § 661, nach den meisten schweizerischen Rechten, v. Wyß Referat über die schweizerischen Hypothekenrechte. Basel. 1874. S. 53. — Für die Eintragung spricht sich aus v. Wächter Platzrecht S. 158 f.

Der Baier. Entw. art. 306 nimmt mit Recht die Bestimmung des Preuß. Landr. auf, daß nur solche Realservituten der Eintragung nicht bedürfen, „welche als solche durch bleibende Anlagen oder Vorrichtungen erkennbar sind". — Einige Zusammenstellungen auch bei Mascher Grundbuchwesen 1869. S. 605 ff.

[29]) Z. B. die Neuvorpommern'sche Hyp. O. v. 1868. § 24, überhaupt diejenigen Gesetze (z. B. auch das Preußische), welche das Prinzip aufstellen, daß dingliche Rechte der Eintragung bedürfen, und nur für Grunddienstbarkeiten eine Ausnahme machen.

[30]) Bremer Statt. v. 1303. cap. 62 u. no. 32 bei Oelrichs S. 101, 178, Pauli Lübische Zustände III. S. 50 f., S. 193. no. 155, Dortmunder Schöffenurtheil bei Frensdorff Dortmunder Statuten S. 251 f., Laband vermögensrechtl. Klagen S. 328 und die dort citirten Stellen des Magdeb. Rechts. — Nach dem Bamberger Stadtr. c. 332 wird eine Traufgerechtigkeit nie durch Zeitablauf erworben; nach Wiener Stadtrecht 129 (Schuster) wird ein Fensterrecht durch Unvordenklichkeit erworben.

dulden braucht, wenn sie Jahr und Tag hindurch nicht ausgeübt wurde[31]).

Mit der Reception wurde abgesehen von der unvordenklichen Zeit auch eine Ersitzung der Servituten zugelassen: wer eine bestimmte Zeit hindurch ununterbrochen die Dienstbarkeit ausgeübt hat, erwirbt ein Recht[31a]). Eine Unterbrechung tritt ein, wenn derjenige, welcher die Dienstbarkeit ausübt, den Besitz aufgiebt oder aus ihm gesetzt wird, oder wenn der Besitzer des praedium serviens die Negatorienklage anstellt; aber Pfändung oder außergerichtlicher Widerstand reicht im allgemeinen nicht hin[32]). Der Satz des preußischen Landrechts (I. 22 § 24), daß auch der Besitzwechsel des praedium serviens den Lauf der Verjährung unterbricht, ist durch die spätere Gesetzgebung beseitigt worden[33]).

Die Zeit, in welcher die Dienstbarkeit erworben wird, ist partikularrechtlich abweichend vom gemeinen Recht normirt[34]). Für die

---

[31]) Syst. Schöffenr. V. 18. — Vgl. auch Iglauer Erk. bei Tomaschek Iglauer Oberhof S. 73. § 73, daß ein precario ausgeübter Besitz nie durch Zeitablauf ein Recht begründe. — Ueber Revid. Lüb. Stadtr. I. 8. art. 2: „Wann über Jar und Tag ein Gebeute unangesprochen gestanden, das kan nach Jar und Tag nicht mehr angefochten werden", vgl. v. Wilmowski Lüb. R. S. 66 ff., 77 ff. und Seuffert XXXVI. no. 184.

[31a]) Entgegengesetzt dem gemeinen Recht (Windscheid § 213 no. 7) nimmt ein Berner Urtheil (Manuel Verjährung im Bernischen Stadtrecht 1876 S. 45) an, daß durch Verjährung eine Servitut nur erworben werden kann, wenn für den Besitz zugleich ein Titel vorhanden ist; vgl. auch N. 35.

[32]) Strube Bedenken I. no. 21, Haubold § 191[b]. Zus. 4, Emminghaus S. 818 N. 35 ff. — Die entgegengesetzte Ansicht vertritt Langenn u. Kori II. S. 102 ff. Nach dem Sächs. GB. § 586 genügt auch eine vorschriftsmäßig bei Gericht angezeigte Pfändung. — Vgl. auch oben I. § 70 N. 72.

[33]) Koch zu dieser Stelle, Dernburg I. § 296 N. 11 ff. — Ist das Grundstück verpachtet, so nimmt die Hannoversche Praxis an, daß der fortgesetzte Besitz zu einer Berechtigung nur dann führt, wenn die Besitzhandlungen dem Verpächter bekannt sind, Grefe II. S. 322; anders Hommel rhaps. no. 275. — Eine gegen den Lehnsbesitzer durch Verjährung erworbene Servitut ist nach Preußischem Recht gegenüber den Agnaten unwirksam, Entsch. des ReichsGer. II. no. 62.

[34]) Schon nach Magdeb. Recht wird eine Jagdgerechtigkeit, eine Wassergerechtigkeit in 31 Jahren und einem Tag erworben, Magdeb. Schöffensprüche v. 1457 u. 1491 bei Neumann Magd. Weisthümer no. 20 u. 58; ebenso nach späterm sächs. Recht Haubold § 191[b] N. a; nach dem Sächs. GB. § 577

sog. servitutes discontinuae, welche nur in längeren Intervallen ausgeübt werden (Weide-, Triftgerechtigkeiten, Viehtränke u. s. w.) nehmen einzelne Partikularrechte eine längere Verjährungsfrist an[35]). Auch sieht man bei solchen Dienstbarkeiten, welche nur gelegentlich ausgeübt werden, den Besitz schon dann als verloren an, wenn zwischen den einzelnen Uebungsakten ein mehr als gewöhnlich langes Intervall liegt[36]).

Einzelne Rechte schließen die Verjährung als Entstehungsgrund ganz und gar aus[37]); besonders auch für solche Dienstbarkeiten, welche die neuere Gesetzgebung wegen ihrer nachtheiligen Wirkungen für die Landesökonomie als ablösbar bezeichnet hat[38]). Dasselbe gilt auch da, wo die Dienstbarkeiten in die Grundbücher einzutragen sind und die rechtliche Qualität der Grundstücke lediglich nach dem Grundbuch beurtheilt wird[39]).

7. Die Dienstbarkeiten erlöschen aus den gemeinrechtlichen

---

30 Jahre. — Andere part. Bestimmungen z. B. bei Roth B. II. S. 241 ff., Zachariä II. § 251.

[35]) Mynsinger IV. no. 53. — Trierer Ldr. 22, § 14 und C. Max. Bav. II. 7. § 5 no. 3: hat der Besitzer einen Titel, so reicht die gewöhnliche Verjährungszeit aus; ohne Titel wird unvordenkliche Zeit erfordert; Henneberger L. O. II. 5. c. 15 (Sachse § 289 N. 1): bei mangelndem Titel 50 Jahre. — Pufendorf obs. I. no. 82, Mittermaier § 166 N. 3, Pfeiffer prakt. Ausführ. II. S. 114 ff., VII. S. 254 ff., Gengler Lehrb. S. 251 f., Roth II. § 153 N. 46. — Nach der dritten sächs. Dezision v. 1746 soll für servitutes disc., „die nur in dem andern oder dritten Jahre oder sonst nur zu gewissen Zeiten ausgeübt werden," die gewöhnliche sächs. Verjährung von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen gelten. — Ueber die ältere unrichtige Praxis, daß sie nur durch Unvordenklichkeit entstehen können, Seuffert XXXI no. 120, Erk. d. Rchsger. III. no. 59.

[36]) Weidegerechtigkeiten sollen jährlich ausgeübt sein, falls nicht ein Hinderniß der Nutzung außerhalb des Willens des Besitzers entgegenstand, Seuffert XXI. no. 217 (Wolfenb.), Hannov. R. bei Grefe II. S. 322 N. e. — Vgl. v. Langenn und Kori I. S. 14 ff., Schmidt Vorlesungen I. S. 325 ff., Förster III. § 187 N. 61 ff., Roth B. II. S. 244 f., Windscheid § 213 N. 3. — Präsumtionen im Sächs. GB. § 581, 582.

[37]) Z. B. Bern. Civ.-GB. § 453. — Sie giebt nach den Freiburger Statuten (Kraut § 98. no. 26) nur einen Titel, welcher den Richter, wenn er es für gut befindet, zur Confirmation veranlassen kann.

[38]) Dernburg § 298 N. 8, Hesse S. 185, Haubold § 191 N. 3.

[39]) Vgl. z. B. Oestr. GB. § 481.

Gründen[40]); daß die Consolidation ihre Aufhebung nicht ohne weiteres immer bewirkt, vgl. oben no. 1. — Im Hypothekenbuch eingetragene Servituten erlöschen nicht durch non usus[41]).

Außerdem sind aber auch manche Feld- und Walddienstbarkeiten, im Zusammenhange mit der Ablösung der Reallasten und der Auftheilung der Gemeinheitsgrundstücke im Interesse der Landeskultur durch neuere Gesetze für einseitig ablösbar erklärt worden und ist ihre spätere Begründung verboten[42]).

Durch Theilung des herrschenden Grundstücks geht die Servitut nicht unter, sondern sie folgt jedem einzelnen Theile. Doch darf darum, daß jetzt mehrere Grundstücke berechtigt sind, die Last des dienenden Grundstücks nicht vergrößert werden[43]).

§ 98. Die einzelnen Dienstbarkeiten[1]).

I. Die Personalservituten, soweit sie gegenwärtig vorkommen, stehen wesentlich unter der Herrschaft des römischen Rechts[2]). Von ihnen ist hier des Nießbrauchs zu gedenken. Lebenslängliche Nutzungsrechte (Leibzucht) an fremden Sachen sind dem ältern Recht in verschiedenen Anwendungen bekannt[3]): der Eigenthümer, welcher ein

[40]) Ueber die usucapio libertatis vgl. Windscheid § 216, Unterholzner Verjährung II. S. 186 ff., Schmidt I. S. 328 f., Roth B. II. S. 248 ff., Dernburg § 299. 2. — Sächs. GB. § 596—598.

[41]) Nach Preuß. Ldr. I. 22. § 49, vgl. mit § 44, 45, nur durch stillschweigende oder ausdrückliche Einwilligung.

[42]) Vgl. z. B. Förster § 187 N. 69, Schmidt I. S. 322, Reyscher II. § 305. — Gesetz für Anhalt-Dessau und Köthen v. 26. März 1850, für Oldenburg v. 22. Apr. 1864, für Schaumburg-Lippe v. 23. Mai 1874; vgl. auch unten § 98 N. 34.

[43]) Striethorst IV. S. 257, XIV. S. 251. — Die Raff-, und Leseholzgerechtigkeit geht in dubio auf den Erwerber derjenigen Parzelle über, auf welcher sich die Wohn- und Wirthschaftsgebäude befinden, Striethorst VII. S. 233. — Interessantes kasuistisches Detail bei Dernburg § 294.

[1]) Eine sehr eingehende partikularrechtliche Behandlung enthält Roth B. II. § 156—169.

[2]) Ueber die habitatio im modernen Recht vgl. Windscheid § 208, Schmidt sächs. R. I. S. 329, Roth B. II. § 161.

[3]) Die mittelalterlichen Quellen bezeichnen öfter das Recht des Leibzüchters als ein beschränktes, lebenslängliches Eigenthum, während sie demjenigen, welcher nach moderner Auffassung noch weiter Eigenthümer seines Guts bleibt, das

Grundstück von Todeswegen veräußert, behält sich die Leibzucht vor; der Bauer, welcher dem Sohn sein Gut abtritt, erhält an einem Theil des Guts eine Leibzucht; die Wittwe hat an einzelnen Gütern ihres Mannes auf Grund des Gesetzes oder einer besondern Bestellung eine Leibzucht u. s. w. In manchen Fällen dauert der Nießbrauch nicht die Lebenszeit der Berechtigten hindurch, sondern erreicht sein Ende mit einem bestimmten Ereigniß, so z. B. das anevelle beim Lehen (§ 119 N. 37 ff.), das Recht des Interimswirths (§ 135), das Nutzungsrecht des Vaters am Vermögen seiner Kinder, die Leibzucht der Wittwe (mit ihrer Wiederverheirathung) u. s. w. Wenngleich die romanisirende Doktrin diese Fälle als usus fructus behandelte, verkannte man doch nicht, daß die römischen Regeln nicht unmittelbar verwendet werden dürften, z. B. daß der Berechtigte nicht zur Cautionsbestellung verpflichtet sei, u. s. w. und bezeichnete daher derartige Nutzungsrechte als ususfructus juris germanici.

Eine allgemeine Theorie in Rücksicht auf Entstehung, Ende, Inhalt läßt sich nicht geben[4]); vielmehr hat der Nießbrauch in den verschiedenen Fällen seine Regelung im Zusammenhange mit den für das betreffende Institut, zu welchem er gehört, geltenden Grundsätzen erhalten. Es werden daher die besondern Regeln für die einzelnen Fälle bei den verschiedenen Rechtsinstituten behandelt werden. Im Uebrigen ist auf das römische Recht zu verweisen, welches in seinen wesentlichen Zügen auch in die neueren Gesetzgebungen übergegangen ist[5]).

II. Unter den Prädialservituten heben wir einzelne hervor, für welche sich festere Grundsätze entwickelt haben.

A. Die Weidegerechtigkeit[6]) kommt in sehr verschiedenen wirthschaftlichen und juristischen Formen vor und ist nur theilweise als Servitut anzusehen.

---

anevelle zuschreiben; vgl. oben § 71 N. 10, § 78 N. 7. — Heusler Gewere S. 461 f. sagt zu allgemein, der deutsche Leibzüchter sei Eigenthümer auf Lebenszeit, habe ein revocables Eigenthum.

[4]) Maurenbrecher § 254 will für alle diese verschiedenen Fälle eine gemeinsame Theorie aufstellen, die aber in der That nur in einzelnen vagen Sätzen besteht.

[5]) Vgl. z. B. Dernburg § 278, Roth B. II. § 157—159.

[6]) Ueber das geschichtliche vgl. Gierke Genoss.-R. II. S. 253—260. — Literatur und Gesetze bei Gengler Lehrb. S. 257 f. und in den folgenden Noten. Vgl. auch Gengler (3. Aufl.) § 64.

a) Das Weiderecht, welches der Gutsherr auf den Gütern seiner Bauern ausübt, ist keine Eigenthumsbeschränkung, also auch keine Servitut, sondern eine Beschränkung des sehr ausgedehnten bäuerlichen Nutzungsrechts; es ist ein Recht, welches der Grundeigenthümer sich reservirt hat[7]).

b) Das Weiderecht der einzelnen Gemeindegenossen auf den Gemeindegütern, auf der Almende ist ein Recht an fremder Sache, weil die Almende meistens als Gemeindegut erscheint[8]).

c) Wenn in Folge der Feldgemeinschaft die zu einer Gemeinde gehörigen Bauern ihr Vieh in einer vereinigten Heerde auf den Gütern der einzelnen Mitglieder weiden lassen dürfen, erscheint die ganze Gemeindeflur, wenn auch die einzelnen Theile den Genossen gehören, in Rücksicht auf das Weiderecht als eine Einheit[8a]). Hier übt der Einzelne, wenn wir den römischen Servitutenbegriff zu Grunde legen, das Recht theils auf eigenem, theils auf fremdem Gut aus, in letzterer Beziehung besteht also eine Servitut (vgl. unten Nr. 7).

d) Endlich kann auch der Berechtigte eine einfache Prädialservitut am fremden Grund und Boden haben.

So wie diese Berechtigungen ihrem juristischen Gehalt nach verschieden sind, so gelten auch für die Ausübung sehr mannigfache Grundsätze, in Betreff der Zeit der Weide, der Art und Zahl des aufzutreibenden Viehs, welche durch Vertrag oder besondere Festsetzungen innerhalb der Gemeinde oder durch Gesetz normirt sind.

1. Wo die Weidegerechtigkeit nicht für eine Person und deren Bedürfniß bestellt[9]) oder die Zahl des aufzutreibenden Viehs nicht

---

[7]) Bemerkenswerth ist Eichhorn's (§ 178 N. a) Aeußerung: „wenn der Eigenthümer dem Besitzer an dem dienstbaren Grundstück ein jus in re eingeräumt hat, das seiner Natur nach das von ihm angesprochene Nutzungsrecht ausschließt, so verhält sich dies dennoch, wie eine wahre Servitut".

[8]) In Betreff des Falls, daß die Almende im Miteigenthum der Markgenossen steht, vgl. v. Ihering Jahrbb. X. S. 506 über einen ähnlichen römischen Fall.

[8a]) Vgl. auch oben in § 53 N. 45 das Anhaltinische Gesetz.

[9]) Früher nahm man eine Personalservitut an, wenn die Aecker der Berechtigten und Verpflichteten nicht neben einander liegen, z. B. H. Goden consilia no. 75. § 8. Vgl. auch oben no. 3. — Von dem Fall, daß der Berechtigte

bestimmt ist, darf der Berechtigte so viel Stück Vieh auftreiben, als für den Umfang und die Wirthschaft seines Guts als angemessen erscheint. Seit alter Zeit drückt man dies so aus, daß er so viel Vieh auftreibt, als er mit dem auf dem herrschenden Grundstück gewonnenen Futter durchwintern kann[10]). Auch wo die Zahl bestimmt ist, wird das beim Mutterthier noch saugende junge Vieh in dieselbe nicht eingerechnet[11]). Besteht die Gerechtigkeit nicht zu Gunsten eines praedium dominans, sondern von Personen (Mitgliedern einer Corporation), so ist der Maßstab für die Nutzung anderswoher zu entnehmen[12]).

2. Die Frage, ob der Berechtigte auch fremdes Vieh auftreiben darf, wenn er die für ihn bestimmte Zahl nicht überschreitet oder weniger eigenes Vieh hält, als er durchwintern könnte, ist nicht unbedingt zu verneinen[13]), vielmehr in dem Fall zu bejahen, daß er

---

nicht Grundbesitzer ist, handelt Preuß. Ldr. I. 22. § 93, 96, 97; vgl. auch Sachse § 305.

[10]) Zahlreiche Belege aus den Grimm'schen Weisthümern bei Gierke II S. 255 N. 260—267; außerdem auch Grimm IV. 764. § 11, V. 175. § 14, 189. § 9, 196. § 25 und sehr zahlreiche Bestimmungen in den Salzburger Taidingen und in den Tirolischen Weisthümern; vgl. auch v. Maurer Markenverfassung S. 144 ff. — Pufendorf IV. 109, Hagemann Landwirthschaftsrecht § 298, Mittermaier § 168 N. 23, Eichhorn § 180 N. d, Haubold § 193 N. 1 (Sächs. Ges. v. 1828. § 17, 18, auch bei Gengler Lehrb. S. 261 N.), Heimbach § 193 N. 7. — Oestr. GB. § 500; neuere Verordnungen bei v. Maurer S. 452, 465. — Es kommt nicht darauf an, wie viel Stück er durchgewintert hat, sondern wie viel er durchwintern kann, Seuffert XXIV. no. 15. — Daß das Durchwinterungsprinzip nicht unbedingt den Maßstab für den Nutzen und das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks abgebe, Seuffert XX. no. 108.

[11]) z. B. Tiroler Weisth. I. S. 275, Preuß. Ldr. I. 22. § 98, Oestr. GB. § 500, Gengler Lehrb. S. 259. — Nach C. Max. Bav. II. 8. § 18 wird das junge Vieh während des ganzen ersten Jahres nicht mitgerechnet; dies darf aber nicht allgemein angenommen werden; Runde Beyträge zur Erläuterung rechtl. Gegenstände I. 1799. S. 339—349.

[12]) Bülow u. Hagemann IV. no. 56.

[13]) Meistens wird die Frage unbedingt verneint, vgl. aus ältern Quellen die Stellen bei Gierke II. S. 255 N. 261. Außerdem Tiroler Weisth. I S. 268 Z. 7 ff., 18 ff., S. 274 Z. 18, S. 275 Z. 20, II. S. 134 Z. 25 ff., S. 149 Z. 14 ff., S. 294 Z. 24 ff., III. S. 30 Z. 7 ff.; höchstens darf er dem Nachbarn oder einem Andern sein Grasrecht abtreten. Ferner Pufendorf I. no. 123, Haubold § 193 N. k, Heimbach § 193 N. 7, Renaud in d. Ztschr.

dauernd zur Vergrößerung seines Viehstandes und zu besserer Kultur des Bodens fremdes (besonderes gepachtetes) Vieh hält, indem hier die Ausübung der Dienstbarkeit in den Grenzen des Interesses des herrschenden Grundstücks bleibt. Der Berechtigte soll nur nicht im Interesse eines fremden Grundstücks oder des Eigenthümers von fremdem Vieh dasselbe auftreiben[14]).

Wenn es auch aus dem Begriff der Prädialservitut folgt, daß die Ausübung des Weiderechts nur mit dem Gut selbst einem Andern, z. B. durch Pacht überlassen werden kann[15]), so wird partikulär doch auch eine gesonderte Verpachtung des Weiderechts zugelassen[16]).

3. Der Pflichtige darf auf seinem Gut keine Kulturveränderungen vornehmen, durch welche die Servitut unmöglich gemacht oder in erheblichem Maße verringert wird[17]). Dagegen ist es zulässig, daß er dem Berechtigten zur Weide andere als die bisher benützten Ländereien anweist, falls für denselben hierin keine Erschwerung enthalten ist; insbesondere darf er einzelne Theile des pflichtigen Forstes in Schonung legen und von ihnen den Weideberechtigten ausschließen[18]).

---

f. d. R. IX. S. 33 ff. — Anderwärts wird fremdes Vieh zugelassen, Gierke II. S. 257 N. 274, S. 259; Tiroler Weisth. II. S. 131 Z. 8 ff., Steir. u. Kärnth. Taidinge S. 432 Z. 39 ff., 468 Z. 23 ff., 492 Z. 44 ff.; Thudichum Gau- und Markverfassung S. 266 f., v. Miaskowski schweiz. Almend. 1879 S. 142 ff., Kraut § 99 N. 5.

[14]) Die vorstehenden Grundsätze sind richtig ausgeführt in Seuffert XXI. no. 20. In noch weiterm Umfange wollen fremdes Vieh zulassen Bülow und Hagemann IV. no. 58; vgl. auch Strube II. Bed. 75 (mit Beziehung auf die Schäfereigerechtigkeit).

[15]) Beseler § 193 N. 14, Roth B. II. § 163 N. 41.

[16]) Grefe II. S. 326 N. b, Bülow und Hagemann IV. no. 58, Seuffert III. no. 147 (Stuttgart); allgemein will eine Verpachtung zulassen v. Gerber § 145 N. 4.

[17]) Also nicht Weideland in Wiesen, Acker oder Forstgrund verwandeln, Const. Sax. II. 41, sächs. Land.-O. v. 1556 c. 74 (Emminghaus S. 178 no. 6); Bülow u. Hagemann II. no. 24, Strube Bed. IV. 153, Pfeiffer in d. Ztschr. f. d. R. XIII. S. 165—222, Anschütz im civ. Archiv LIII. S. 293—307. — Haubold § 193 N. a, § 194, Heimbach § 196, Sachse § 302, Steinacker S. 424 f., Platner kurhess. Sachenr. S. 250 ff. — Seuffert XVI. no. 10, XXI. no. 22.

[18]) Preuß. Landr. I. 22. § 170 ff. — Haubold § 195 N. d, Brückner

Neuere Gesetze führen das unbedingte Recht der Kulturveränderung ein[19]).

4. So weit dem Berechtigten nicht ein ausschließliches Recht zusteht, hat der Besitzer des pflichtigen Grundstücks das Recht der Mithut, das Recht sein eigenes Vieh gleichfalls auf die Weide zu treiben[20]), auch wenn er es sich nicht besonders vorbehalten oder wenn er es seit undenklichen Zeiten nicht ausgeübt hat, sondern den Berechtigten allein hat hüten lassen[21]). Wenn er die Gerechtigkeit des Berechtigten nicht in ungehöriger Weise schmälert, ist er nicht auf die Zahl von Vieh beschränkt, welche er durchwintern kann, und darf auch dritten Personen die Mithut gestatten[22]).

5. Vermindert sich die Weide, so daß sie nicht mehr für das Vieh des herrschenden und des dienenden Grundstücks hinreicht, so muß der Besitzer des letzteren soweit zurückstehen, daß der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks sein Recht voll ausüben kann[23]). Eine verhältnißmäßige Einschränkung ihrer beiderseitigen Hütungsbefugniß[24]) würde dem Wesen der Servitut widersprechen.

6. Bisweilen darf der Besitzer des dienenden Guts, um den Dünger zu erhalten, es fordern, daß der Berechtigte das weidende Vieh, besonders Schafe, die Nacht über auf dem beweideten Grund-

§ 547, vgl. auch 562, 563. — Pfeiffer S. 195 ff. — Seuffert I. no. 182, XVIII. no. 119. — Ob eine solche Beschränkung oder Veränderung zulässig sei, ist Frage des konkreten Falls. Seuffert XXIX. no. 112 entscheidet, daß von der pflichtigen Gemeindemark ein bestimmter Raum zum Begräbnißplatz ausgeschieden werden darf.

[19]) z. B. Baier. Weidegesetz von 1852 art. 5 (Roth B. II. § 163 N. 59).

[20]) Seuffert VII. no. 10. — Preuß. Ldr. I. 22. § 89: „Es wird niemals vermuthet, daß Jemand dem andern die Hütungsgerechtigkeit mit Ausschluß seines eigenen Viehs habe einräumen wollen".

[21]) Nur durch qualifizirte Verjährung geht das Recht verloren, wenn der Besitzer an der Mithut verhindert wurde und sich dabei beruhigt, Hagemann Erörter. VI. no. 12, Seuffert XXII. no. 20.

[22]) Striethorst XVII. S. 115, Seuffert I. no. 11.

[23]) Preuß. Landr. I. 22. § 105, aber auch § 103, Pfeiffer S. 182 f., Gengler Lehrb. S. 266 f., Windscheid § 209 N. 13.

[24]) Wie sie Preuß. Landr. I. 22. § 103 vorschreibt und andere Partikularrechte und manche Schriftsteller annehmen, vgl. Hommel rhaps. 188, Reyscher § 298 N. 4, Heimbach § 193 N. 8, Roth B. § 163 N. 54 ff., Steinacker S. 436.

stück in Hürden läßt, sog. Pferchrecht[25]). Da hier der Weideberechtigte zu einem Thun verpflichtet ist, kann dies Recht keine Servitut sein[26]); es ist entweder eine gewöhnliche oder eine sich als Reallast qualifizirende obligatorische Verpflichtung[27]).

7. Von den verschiedenen Fällen, daß mehrere Personen dasselbe Terrain zu beweiden berechtigt sind, ist der Fall der Koppelhut[28]) im engern Sinne, jus compasculationis reciprocum, noch besonders hervorzuheben (vgl. oben S. 224 c.), wobei mehrere Grundbesitzer ihre Heerden gemeinschaftlich auf einen gemeinsamen, durch ihre Ländereien gebildeten Hütungsbezirk schicken. In älterer Zeit, in welcher die zu einem Bauergut gehörigen Aecker und Ländereien in verschiedenen Fluren der Feldmark zerstreut lagen, war die Koppelhut das einzige Mittel um die Weide in zweckmäßiger Weise auszuüben; sämmtliche Bauern der Gemeinde vereinigten ihr Vieh zu einer Heerde unter einem Gemeindehirten und ließen es theils auf die Almende, theils auf die den Einzelnen gehörigen Weideplätze, Brachfelder und abgeernteten Aecker auftreiben. Wo dies Verhältniß nicht ein bloß prekäres[29]) ist und daher einseitig widerrufen

---

[25]) Preuß. Ldr. I. 22. § 157. Oefter ist auch vorgeschrieben, daß der Weideberechtigte den Dünger nicht von der Weide fortnehmen darf, z. B. Tirol. Weisth. I. S. 131, 158 § 10. — Verschieden ist das Hordenschlagrecht, welches eine wirkliche Servitut ist und dem Weideberechtigten die Befugniß giebt, zu seiner Bequemlichkeit das Vieh die Nacht über dort zu lassen.

[26]) Für eine Servitut erklären es Hagemann Landwirthschaftsr. S. 595 N. 8, Eichhorn § 182 N. g und Andere, indem das mit dem Hordenschlag belegte Gut das praedium dominans sei.

[27]) Oben § 97 N 12. — Pfeiffer S. 167, Duncker S. 25 f. Letzterer sagt, daß die Verpflichtung entweder eine gewöhnliche obligatorische sei oder sich als eine auf der Schäfereigerechtigkeit, welche wie ein Immobile zu behandeln sei, ruhende Reallast charakterisire. Dies letzte ist unmöglich. Die Reallast ruht nicht auf der Schäfereigerechtigkeit, sondern auf dem Grundstück, ebenso wie eine Zinsverbindlichkeit nicht auf dem Colonatrecht, sondern auf dem Bauergut haftet, Seuffert XVII. no. 82, XX. no. 109. — Unklare Aeußerungen in Seuffert XXXII. no. 8. — Für eine Reallast erklärt sich auch Maurenbrecher I. § 342. II, braucht aber die unzutreffende Bezeichnung, es sei eine „Frohne".

[28]) Der Name Koppelweide gehört bereits dem 11. Jahrh. an, v. Maurer Markenverfassung S. 19 f.

[29]) Nach manchen Aeltern soll dafür eine Präsumtion sprechen, vgl. auch Heimbach § 199; dagegen Seuffert XVIII. no. 118 und XXXIII. no. 6. — Preuß. Landr. I. 22. § 135: „in der Regel eine wechselseitige Grundgerechtigkeit";

werden kann, übt Jeder an seinem Grundstück ein Recht des Eigenthums oder Colonatrechts, an dem Boden des Andern eine Servitut aus[29a]).

Um die Koppelhut in einer Gemeinde einzuführen, reicht nicht ein Gemeindebeschluß hin, sondern bedarf es der Zustimmung sämmtlicher Gemeindegenossen[29b]).

B. Eine Species der Weidegerechtigkeit ist die Schäfereigerechtigkeit. In vielen Gegenden durften die Bauern keine Schafe halten[30]), sondern hatte allein der Gutsherr das Recht der Schäferei und konnte seine Schafe auch auf die von ihm ausgethanen Bauergüter auftreiben lassen; sein Recht erstreckte sich oft auch noch weiter, über sein Grundeigenthum hinaus, auf die ganze Mark. So weit die Güter ihm gehören, übt er ein vorbehaltenes Recht des Eigenthums aus; so weit sie ihm aber nicht gehören, insbesondere die ehemals der Gutsherrlichkeit unterworfenen Güter in neuester Zeit

---

§ 136: ist die Hütung bald auf diesen, bald auf jenen Stücken ausgeübt, so sei anzunehmen, „daß dabei nur nachbarliche Freundschaft und Gutwilligkeit zu Grunde liegt“.

[29a]) Sollte sich nicht vielleicht eine andere Construktion empfehlen? Wir haben gesehen (oben § 97 N. 7), daß Jemand ein jus in re aliena an einer Sache haben kann, welche er mit einem Andern zusammen im Miteigenthum hat. Hier nun werden die den einzelnen Bauern gehörigen Aecker wie eine Gesammtfläche behandelt, welche in ihrem — allerdings realiter getheilten — Miteigenthum steht und an dieser ganzen Fläche wird die Gerechtigkeit in gleichmäßiger Weise ausgeübt. Es rührt diese Berechtigung aus einer Zeit her, in welcher die Gemeindemitglieder sich in Feldgemeinschaft befanden und nur ein vielfach eingeschränktes Herrschaftsrecht an ihren Aeckern besaßen. — Es wäre das dann ein weiterer Fall der von Hartmann behandelten Rechte an einer Sache.

[29b]) Es führt ein Darmstadter Erk. (Arch. f. prakt. R. W. N. F. XI. S. 59 ff.) aus, daß eine Gemeinde als solche nicht das Recht hat, sämmtliche Grundstücke ihrer Gemarkung mit Schafen zu behüten und dies Recht durch Verpachtung der Schafweide ausüben zu lassen.

[30]) Oder sie sollten sie nicht auf die Weide schicken, sondern im Stalle oder ihren Gärten halten, Strube Bedenken V. no. 63. — Zur Begründung einer Communschäferei von Seiten der Bauern bedurfte es außer der Einstimmigkeit sämmtlicher Interessenten noch der Regierungsgenehmigung, Strube Bed. I. 122, IV. 117. § 1, Preuß. Landr. I. 22. § 146, in Würtemberg bis 1828, v. Wächter I. S. 132 f., 1005. — Anders Steinacker S. 432 N. 5. — Einzelnes über die historischen Verhältnisse bei Strube IV. no. 117, Mittermaier § 170 N. 1—3.

durch Ablösung Eigenthum der Bauern geworden sind, steht ihm eine Prädialservitut zu[31]).

Partikulär wird die Zahl der aufzutreibenden Schafe nicht durch den Maßstab der Durchwinterung bestimmt[32]). In Betreff der Zeit, zu welcher die Weide auszuüben ist (offene Zeiten), der Art des aufzutreibenden Viehs (nicht krank, dem Boden nicht schädlich), über die dem Weiderecht unterworfenen Grundstücke u. s. w. enthalten die Partikularrechte zahlreiche Bestimmungen, welche in Ermangelung besonderer Festsetzungen gelten[33]).

C. Seit der Urbarmachung weiter Strecken unangebauten Landes, der Auftheilung der Almenden, der Beseitigung der Dreifelderwirthschaft, der Einführung der Stallfütterung sind die Weidegerechtigkeiten theils der Durchführung der Reformen hinderlich, theils erscheinen sie auch als überflüssig. Die neueste Gesetzgebung hat daher ihre Ablösung gegen Entschädigung gestattet und zum Theil auch die fernere Bestellung von Weidegerechtigkeiten verboten[34]).

D. Die sehr verschiedenen schon in alter Zeit durch die Weisthümer der Markgenossenschaften geregelten Dienstbarkeiten an

[31]) Das Stuttg. O.-Trib. (Schletter Jahrbb. VIII. S. 294 N. 28) sagt, daß der Schäfereibetrieb nicht dem Interesse des Besitzers, sondern des Guts diene und das betreffende Weiderecht nicht als Realservitut, sondern als deutschrechtliche Dienstbarkeit erscheine und daher (?) auch ohne das berechtigte Gut veräußert werden dürfe.

[32]) So nach Preuß. Landr., aber nur Schafe dieser Feldmark, nicht eines fremden Vorwerks, I. 22. § 149, 150; unter Umständen dürfen auch fremde Schafe aufgetrieben werden, Strube Bed. IV. no. 117. § 4. — Am Durchwinterungsprinzip halten fest Hagemann Landwirthschaftsrecht S. 588 N. 4, S. 591 N. 1, v. Gerber § 145 N. 4, Steinacker S. 436 N. 12.

[33]) z. B. Preuß. Landr. I. 22. § 80 ff., Preuß. Feldpolizei-O. v. 1. Nov. 1847. — Gengler Lehrb. S. 258 ff., Privatr. (3. Aufl.) § 65, Haubold § 192 ff., Sachse § 290 ff., Hesse § 243 ff., Reyscher II. § 298, auch Seuffert VI. no. 157.

[34]) Vgl. oben § 97 N. 42. — Preuß. Landr. I. 22. § 188 ff. (auf Antrag des Belasteten), Gemeindetheilungs-Ordn. v. 7. Juni 1821. — Haubold § 191b N. g ff., § 192 N. d, § 195 N. g, Heimbach § 192 N. 2, § 199 N. 3, § 201. — Hannov. Ges. v. 8. Nov. 1856 (Kraut § 99 N. 15). — Würt. Ges. v. 9. Apr. 1828 (Reyscher II. § 305). — Baier. Ges. v. 28. Mai 1852 (Kraut § 99 N. 16, Roth B. II. S. 301—303). — Baden'sches Ges. v. 24. Juli 1848. — Bernisches Gesetz v. 12. Dez. 1839 (auch bei König II. S. 356). — Nachweisungen bei Mittermaier § 168 N. 39, 40.

Waldungen[35]) sind theils Prädial- theils Personalservituten, letzteres besonders dann, wenn das Recht den Gemeindemitgliedern ohne Rücksicht auf ihren Grundbesitz zusteht. Wenn auch ökonomisch verwandt ist doch juristisch von ihnen verschieden das Recht auf die Lieferung eines bestimmten Quantum Holz aus einem Walde zu bestimmten Zeiten oder bei gewissen Gelegenheiten. Hier besteht keine Pflicht zu einem pati, sondern zu einem facere des Eigenthümers[36]).

Weil hier alles partikulär oder individuell ist, brauchen wir nicht eingehend zu handeln von dem Nießbrauch an einem Walde, dem Beholzungsrecht[37]), der Mastgerechtigkeit[38]), dem Recht auf Windbruch[39]), auf Raff- und Leseholz, auf Streu und Laub, die abgefallenen Eicheln und Buchecker u. s. w.[40]). Die Entstehung

[35]) Ueber das geschichtliche vgl. Grimm Rechtsalterthümer S. 506 ff., Waitz Verf.-G. VIII. S. 267, Gierke Genossenschaftsrecht I. S. 616 ff., II. S. 260 ff., Kraut § 86, 101.

[36]) Pfeiffer Ausführ. VIII. S. 176, 204, 207, Roth B. II. § 175 N. 14, Seuffert V. no. 6, XXIX. no. 12, 14. — Sächs. GB. § 522.

[37]) Während der Nießbrauch am Walde das Recht umfaßt, in forstmäßiger Weise den Wald ohne Rücksicht auf das persönliche oder das Bedürfniß eines bestimmten Guts zu benutzen, und seine Schranke nur in den Verhältnissen des Objekts findet, darf das jus lignandi nicht ultra necessitatem et utilitatem praedii ausgeübt werden, Pufendorf I. no. 124.

[38]) Ueber das Recht, Schweine zur Mast in den Wald zu treiben z. B. Preuß. Landr. I. 22. § 187 ff., Strube Bed. I. no. 25, IV. no. 74, Thomas Fuld. Privatr. II. S. 166 ff. — Ueber die mit dem Jagdrecht verbundene Mastgerechtigkeit, wonach der Eigenthümer die Eicheln, Nüsse, Buchecker, das Holzobst zur Mast für das Wild lassen soll, vgl. Hommel rhaps. 798. § 4.

[39]) Ein Magdeb. Urtheil (Neumann Magdeb. Weisth. no. 79 v. J. 1546) bestimmt, daß das Recht auf den Windbruch nicht die vom Gewitter zerschmetterten Bäume begreift, sondern das holtz, szo der windt zcurbrochen u. zcuschlagenn, das es zcu bauen undinstlich, wirdet in diesem falle alleine vor windtbruchig holtz u. afterschlege geachtet.

[40]) Zahlreiche Vorschriften im Preuß. Landr. I. 22. § 170—239; Preuß. BO. v. 5. März 1843, Förster III. § 187 N. 154 ff., Dernburg I. § 304. — Haubold § 199, Roth B. II. § 166, Platner kurheff. Sachenr. S. 274 ff. — Beseler § 198. B. d, Mittermaier § 171, Gengler (3. Aufl.) § 66. Vgl. auch Seuffert XXXVI. no. 363, XXXVIII. no. 6.

Ueber die Beschränkung des Eigenthümers in der Vornahme einer Forstkultur, durch welche die Servitut beeinträchtigt wird, Seuffert XXVII. no. 209, Roth B. II. § 166 N. 22 ff.

solcher Dienstbarkeiten wird nicht begünstigt[41]) und es ist durch neuere Gesetze ihre Ablösung ermöglicht[42]).

Drittes Kapitel. Emphyteusis und Superficies (Platzrecht).

§ 99.

I. Die Grundsätze von der Emphyteuse des gemeinen Rechts darzustellen, liegt keine Veranlassung vor. Sie haben auf das deutsche Bauernrecht eingewirkt, indem viele Bauergüter als Emphyteuse verliehen wurden und andererseits auch auf die nach deutschem Recht verliehenen Bauergüter einzelne römische Sätze übertragen wurden, z. B. daß durch 3jährige Nicht-Entrichtung des Canon das Recht verloren geht. Da aber die Bauergüter im wesentlichen vom deutschen Recht beherrscht werden, sind jene römischen Einflüsse in der Lehre von den Bauergütern § 131 ff. zu erwähnen.

II. Während vereinzelt in Partikularrechten die Auffassung besteht, daß ein Anderer, als der Grundeigenthümer das Eigenthum an den Gebäuden und den Pflanzen auf dem Boden haben kann (vgl. oben § 79), überwiegt die römische Anschauung, daß der Eigenthümer des Bodens auch das Eigenthum an der Superficies hat, und dem Andern nur ein jus in re aliena zusteht. Das Platzrecht[1]) erscheint als das weitgehendste, dem Eigenthum nahe kommende vererbliche dingliche Recht an der auf dem Boden errichteten Anlage oder als das Recht eine solche Anlage selbst zu machen, sie in vollster Weise zu benutzen, über sie zu disponiren, sie zu veräußern, zu belasten und selbst wieder zu zerstören. Von den Servituten unterscheidet es sich dadurch, daß es weder an eine Person noch an ein Grundstück gebunden ist. Wenn ein Gebäude der gewöhnlichste Gegenstand des Platzrechts ist, so kann es doch auch an

---

[41]) Nach einem Sächs. Ges. v. 1813 sollen sie weder durch Verjährung noch durch Vertrag außer mit obrigkeitlicher Genehmigung entstehen, Haubold § 191[b] N. 6 ff.; dingliche Forstgerechtigkeiten sollen nicht mehr erworben werden, Baier. G. v. 1852 art. 34 (Roth B. II. § 166 N. 30).

[42]) Z. B. Roth II. § 166 N. 20 ff., 25 ff., Hannov. Ges. v. 7. Januar 1863.

[1]) v. Wächter das Superficiar- oder Platzrecht (Abhh. der Mitgl. der jur. Fak. z. Leipz. 1. Band). 2. Ausg. 1868. Roth § 238.

einzelnen Stockwerken, an einem Keller, an Bäumen und Pflanzen begründet sein[2]).

Im Mittelalter galt in vielen Städten ein der Superficies entsprechendes Institut, indem der Stadtherr bei Anlage der Stadt das Areal für den Bau der Häuser an die Ansiedler gegen einen jährlichen Zins (Wortzins) austhat und die Bürger ein veräußerliches und vererbliches Recht an der Superficies besaßen. Auch sonst wurden städtische Grundstücke vielfach in Erbleihe gegeben[3]).

Da sich aber meistens sehr bald das Erbzinsrecht des Hausbesitzers in Eigenthum verwandelte und das Recht des ehemaligen Eigenthümers auf die Zinsberechtigung reducirt wurde[3a]), und sich auch keine verwandten Verhältnisse entwickelten, fand die römische Superficies seit der Reception kein irgendwie namhaftes Anwendungsgebiet. Wenn auch die neueren Gesetzbücher in wesentlichem Anschluß an das römische Recht Normen über das Platzrecht aufgestellt haben[4]), so ist dasselbe doch, abgesehen von lokalen Fällen, nicht von besonderer praktischer Bedeutung für unser Rechtsleben.

---

[2]) v. Wächter S. 49 ff.

[3]) Arnold zur Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten 1861. — Für Lübeck Pauli Abhandlungen IV. S. 2 ff., 5 ff., 148 f., für Köln Hegel in den Städtechroniken XIV. S. XXII f., über Würzburg Rosenthal Gesch. des Eigenthums in Würzburg 1878, besonders S. 34 ff. (ältester Fall daselbst S. 40, v. J. 1119), für Wien Tomaschek Rechte von Wien I. S. IX.

[3a]) Ueber diese Entwickelung in Würzburg Rosenthal S. 64 ff.

[4]) Preuß. Ldr. I. 22. § 243—246 (im Zusammenhang mit den Servituten); in Preußen hat das Gesetz vom 2. März 1850 § 2. no. 2 das Platzrecht nicht in Eigenthum verwandelt; vgl. v. Wächter S. 126, Förster III. § 187 N. 192. — Oestr. GB. § 1125, vgl. auch 1147, 1150. — Sächs. GB. § 661, vgl. besonders Wächter S. 183 ff., welcher für das sächs. Recht zwei Arten von Platzrecht unterscheidet, a) das beschränkte, welches als persönliche Servitut erscheint, und b) das unbeschränkte, welches dem gem. Recht entspricht und nur durch Eröffnung eines besondern Hypothekenfoliums entsteht; vgl. auch Schmidt I. S. 338 ff. — Der Baier. Entw. hat einen besondern Abschnitt: „Platzrecht", III. art. 334—340, vgl. darüber v. Wächter S. 130 ff. — Ueber andere Partikularrechte Roth B. II. § 238, Reyscher II. § 398, Falck V. § 123, Regelsberger Baier. Hypoth. R. I. S. 199 f. — Insofern die Gesetze die erbliche Ueberlassung von Grundbesitz außer zu Eigenthum untersagen (vgl. unten § 131 N. 16), bedarf es für die einzelnen Partikularrechte der besondern Untersuchung, in wie weit die Neubegründung von Emphyteuse und Superficies noch zuläßig ist. Für Preußen vgl. Dernburg u. Hinrichs Preuß. Hyp. R. S. 155—157.

Viertes Kapitel. Die Reallasten [1]).

§ 100. Einleitung. Geschichte.

I. Reallasten [2]) nennen wir Verpflichtungen zu wiederkehrenden stetigen Leistungen (besonders Zinse, Renten, Frohnden u. s. w.), welche dem Besitzer eines Grundstücks als solchem obliegen, so daß die Person des Verpflichteten lediglich durch den Besitz des Grund-

---

[1]) Literatur: J. A. Seuffert das Baurecht, die Reallasten und das Näherrecht. Würzb. 1819. S. 71 ff. — Welter das gutsherrlich bäuerliche Rechtsverhältniß . . . im früheren Hochstifte Münster und . . . in anderen Gegenden Westfalens. 1836. S. 269 ff. — Duncker die Lehre von den Reallasten. Marb. 1837 (dazu Kritik von Albrecht in Schneiders krit. Jahrbb. 1839. S. 309 ff.). — Renaud Beitrag z. Theorie der Reallasten. Stuttg. 1846. — v. Gerber z. Theorie der Reallasten, in s. Jahrbb. II. S. 35 ff. 1858 u. VI. S. 266 ff. 1863; beide Aufsätze jetzt in s. gesammelten Abhh. S. 213—260; der zweite bezieht sich besonders auf die gleich zu nennende Abhandlung von v. Meibom. — Häberlin in d. Ztschr. f. d. R. XVIII. S. 131—172. 1858. — Frieblieb in v. Gerber u. Ihering's Jahrbb. III. S. 299—356. 1859, und: die Rechtstheorie der Reallasten. Jena 1860. — v. Meibom über Realschulden und Reallasten, in Bekker's u. Muther's Jahrbb. IV. S. 442 ff. 1860. — Mann Untersuchungen über den Begriff der Reallasten im gemeinen Recht 1869, neue (Titel-) Ausgabe 1872. — O. Müller Beiträge zur system. Darstellung des kgl. sächs. Civilrechts. 1. Thl. die Reallasten. Leipz. 1878.

Eichhorn § 161 ff., Mittermaier I. § 172 ff., 196 ff., v. Gerber § 167—172, Beseler § 190, Bluntschli § 89 ff., Gengler Lehrb. S. 285 ff., Priv. R. (3. Aufl.) § 73 ff., Walter § 146 ff. — v. Wächter II. S. 310 ff., Unger I. § 63. S. 553 ff., Reyscher I. § 254 ff., Förster II. § 188, Roth B. II. § 169 ff., Platner § 63.

[2]) Der Ausdruck onus oder servitium reale im Gegensatz gegen personale gehört schon dem Mittelalter an, Kraut § 110 no. 1. Vgl. auch z. B. R. v. Lullin v. J. 1310 § 42 (Le Fort franchises de l'ancien diocèse de Genève p. 155), R. v. Bonne v. J. 1310 § 37 (p. 167): die Bürger dürfen ihre Güter verkaufen, dum tamen res transeat cum onere suo: die Reallast geht nicht durch Veräußerung unter. — Ueber den weiten Begriff der onera realia in der ältern Literatur Müller S. 69 ff. — Für das der Verpflichtung entsprechende Recht fehlt es an einem besondern Namen; ohne Gefahr einer Verwechslung können wir auch das Recht Reallast nennen, statt des schleppenderen Ausdrucks „Reallastberechtigung", v. Wächter II. S. 316; dagegen ist, um Verwechslungen zu verhüten, der Ausdruck Realrecht zu vermeiden.

stücks bestimmt wird. Die Verpflichtung zur Leistung kann entweder in regelmäßiger Weise zu bestimmten Zeiten oder in unregelmäßigen Intervallen, nur bei gewissen Veranlassungen[3]) eintreten; die einzelnen Leistungen erscheinen als Ausfluß der Gesammtverpflichtung. Daß die Reallast von ewigem Bestande sei, gehört nicht zu ihrem Wesen. Abgesehen davon, daß Reallasten nach ältern und neuern Gesetzen theilweise für ablösbar erklärt sind, giebt es auch Fälle, in denen sie nur auf eine beschränkte Zeit, insbesondere nur für die Lebenszeit der Berechtigten bestellt sind (Witthum, Leibzucht)[4]).

II. Die Reallasten sind Forderungen. Trotz des obligatorischen Charakters stellen wir sie aber nicht in das Obligationen-, sondern in das Sachenrecht, weil sie in vielen Richtungen von den Grundsätzen des Immobiliarsachenrechts beherrscht werden. Wir stellen sie aber auch vor das Pfandrecht, weil die moderne Hypothek, durch Zurückdrängung des accessorischen Charakters, der Reallast, insbesondere dem Rentenrecht angenähert ist[5]).

---

[3]) z. B. Laudemium, Mortuarium.

[4]) v. Meibom S. 508 f. — Ueber die Abgrenzung der Reallasten v. Gerber § 169 N. 4, Unger I. S. 554 f., Friedlieb S. 10 ff. — Ob die aus der Grundherrschaft abgeleiteten Dienste persönliche oder reale sind, ist eine quaestio facti.

[5]) Diejenigen Schriftsteller, welche die Reallasten für dingliche Rechte erklären, stellen sie natürlich in das Sachenrecht. v. Gerber, der ihre obligatorische Natur nachdrücklich betont, behandelt die allgemeinen Grundsätze (§ 167—172) in der Lehre von der Entstehung der Forderungsrechte (Reallasten seien Zustandsobligationen), und die einzelnen Fälle von Reallasten im speziellen Theil des Obligationenrechts. — Andere, welche sie gleichfalls für obligatorische Leistungen erklären, weisen sie dem Sachenrecht zu, so auch Walter § 146, nach welchem sie Obligationen des Grundstücks sind; diese systematische Behandlung ist bei ihm unbegreiflich, da er § 149 N. 5 Eichhorn es vorwirft, daß er die Reallasten für Obligationen erkläre und doch unter die Rechte an Sachen stelle, und N. 6 Mittermaier dafür belobt, daß er sie in den ältern Auflagen zu den Obligationen stellte. — Beseler § 190 ff. stellt sie außerhalb jedes Systems in das Landwirthschaftsrecht. — Albrecht in s. Rezension schlägt ein eignes Kapitel vor: „Aeußeres Gewand des Immobiliarsachenrechts". — Nach v. Wächter II. S. 313 N. 11 u. Erörterungen I. S. 121 seien sie im System den rein dinglichen und den Forderungsrechten als ein drittes gemischtes Recht gegenüber zu stellen. — Ortloff § 282 ff. hatte bereits früher einen solchen Abschnitt ausgeschieden: „von dinglichen Forderungsrechten", wozu er die Reallasten, Bannrechte und das Näherrecht rechnet.

III. Anfänge der Reallasten begegnen bereits in alter Zeit; das spätere Mittelalter brachte immer neue derartige Erscheinungen hervor, welche theils dem bäuerlichen, theils dem städtischen Leben angehören. Sie sind ein Erzeugniß der wirthschaftlichen Zustände des Mittelalters, während dessen der persönliche Kredit gering, die Verhaftung der Erben für die Schulden des Erblassers beschränkt, der Beweis einer Forderung von dem Gläubiger schwer zu erbringen und die Hypothek nur wenig entwickelt war. Durch die Bestellung der Last als einer realen wurde das Auseinanderfallen des persönlichen Schuldners und des Besitzers desjenigen Grundstücks vermieden, welches für die Sicherheit der Forderung einstand; nur dann erschien die Leistung als gesichert, wenn sie in dauernde Verbindung mit dem Grundbesitz gebracht war[6]).

Seit dem 16. Jahrhundert trat ein Stillstand ein, indem die Neugestaltung der staatlichen Verhältnisse, die veränderte Bewirthschaftung der Grundstücke, das Aufkommen der Geldwirthschaft manche Lasten in ihrer Bedeutung zurücktreten ließ und dem obligatorischen Verkehr eine andere Richtung gab, bis die neueste Zeit aus staatswirthschaftlichen und politischen Gründen die den bäuerlichen Besitz belastenden Reallasten aufhob oder für ablösbar erklärte und die Entstehung neuer, ewiger Lasten verbot[7]).

IV. Die ältesten Reallasten sind die von den Gutsherrn auf die Güter ihrer Hintersassen gelegten. So lange jedes Mal, wenn

[6]) Lütticher Gewohnheitsrecht des 16. Jahrh. art. 165 (Warnkönig Beiträge z. Gesch. des Lütt. Gew.-R.'s 1839. S. 171): reditus mere personales, hoc est, qui ad praedia vel fundos non sunt limitati et affecti, in usum recepti non comperiuntur, quia ambiguitas existimavit eos, quod nulla relatione ad rem habita constituerentur, suspectos esse debere, et idcirco ab hujusmodi reditibus patria Leodiensis abstinuit, nec eos in usum recepit.

[7]) Ueber die Geschichte der Reallasten vgl. außer der N. 1 angeführten und der bei der Geschichte der Bauergüter unten anzuführenden Literatur noch: P. Wigand die Dienste, ihre Entstehung, Natur, Arten und Schicksale. Hamm. 1828; H. A. Lüntzel die bäuerlichen Lasten im Fürstenthume Hildesheim. Hildesh. 1830; W. Arnold Zur Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten. Basel 1861. — Ueber Schlesien Stenzel schlesische Geschichte I. S. 196 ff.

Indem das Detail der faktischen Verhältnisse der Rechtsgeschichte zuzuweisen ist, beschränke ich mich auf eine historische Ueberſicht.

ein Freier, Höriger oder Unfreier das Gut vom Grundherrn erhielt, das Maß der Dienste und Abgaben besonders festgesetzt wurde[8]), handelte es sich nur um einfache obligatorische Leistungen. Doch nahmen diese Verpflichtungen allmählich einen konstanten Charakter an; das Maß der Dienste und Abgaben blieb für dasselbe Gut lange Zeit hindurch sich völlig gleich und es entstand die Auffassung, daß das Gut selbst belastet sei, so daß jetzt jeder Besitzer auch ohne besondere Abmachung die hergebrachten Abgaben und Dienste zu leisten habe; sie erscheinen jetzt als Reallasten.

Während sich ursprünglich das Maß der Prästationen nach dem Stande des Besitzers gerichtet hatte, so daß der freie Hintersasse die geringsten, der unfreie die schwersten zu übernehmen hatte, bestimmte allmählich der Stand, welchem lange Zeit hindurch regelmäßig die Besitzer des Guts angehört hatten, die Qualität des Grundbesitzes selbst, in der Art, daß einzelne Güter als freie, andere als hörige oder unfreie angesehen wurden (mansi ingenuiles, lidiles, serviles)[9]). Erhielt daher einmal ein Lite einen mansus servilis, so mußte er auch ohne besondere Verabredung Abgaben und Dienste leisten, wie sie sonst nur einem Leibeignen oblagen, sowie andererseits der unfreie Erwerber eines mansus ingenuilis nur Lasten zu übernehmen hatte, wie sie regelmäßig den freien Hintersassen auferlegt wurden[10]). Das Grundstück hatte eine besondere Qualität angenommen; sein Besitz verpflichtete ohne weiteres zu denjenigen Leistungen, welche als auf demselben lastend erschienen[11]).

---

[8]) Frumenti modum dominus aut pecoris aut vestis ut colono injungit, Tacitus Germ. c. 25.

[9]) Es ergeben dies unzählige Stellen; ich führe nur den Kommentar zum Registrum Prumiense aus d. J. 1222 an, bei Beyer Urk. B. I. S. 144: mansi serviles sunt, qui continue tenentur nobis servire, id est omni ebdomada per totum annum tribus diebus. Preterea faciunt alia jura multa .... Mansi lediles sunt, qui nobis multa jura solvunt, sed tamen ita continue non serviunt sicut mansi serviles. Mansi ingenuales sunt, u. s. w.

[10]) Vgl. darüber besonders Guérard polyptyque de l'abbé Irminon. Paris. 1844. I p. 582 ff.

[11]) Waitz Verf. G. VII. S. 362 f. Niedersächs. Weisth. v. 1529 (Grimm III. S. 239): Hefft ferner fragen laten, dar danne hoeffe bebuwen weren gewest, und woste worden, dar tho vorn von gegeven were worden, de denne sollicke woeste hoeffe in gebrucke hedde, offt de sulve dem ho-

Neben den gutsherrlichen wurde der Grundbesitz mit mannigfachen andern Lasten belegt, welche dem öffentlichen Recht angehören und sich von staatlichen Grundsteuern und Diensten nur dadurch unterscheiden, daß der Berechtigte nicht der Staat, König oder Landesherr, sondern eine andere Person ist, welche in Folge der feudalen und patrimonialen Gestaltung des Staats Hoheitsrechte ausübt: dahin gehören die Lasten an die Vogt- und Gerichtsherrschaft; sie sind theils persönliche, theils reale, auf dem Grundbesitz ruhende, welche mit Gleichmäßigkeit jeder Besitzer des betreffenden Guts dem Vogt oder Gerichtsherrn abzuführen hat[13]).

Aber auch diejenigen öffentlichrechtlichen Lasten, welche zu Gunsten des Staats oder der Gemeinde begründet waren, nahmen vielfach einen privatrechtlichen Charakter an, indem sie einen Gegenstand des Verkehrs bildeten und verkauft, verpfändet, zu Lehen gegeben u. s. w. wurden und aus einer Hand in die andere übergingen, so daß ihr staatsrechtliches Fundament allmählich in Vergessenheit gerieth.

Auch die Kirche erhob nicht bloß von den Gläubigen als solchen sondern auch von ihnen in ihrer Qualität als Grundbesitzer Dienste und Abgaben, besonders den Zehnten, welcher als Reallast auf allem zehntpflichtigen Lande ruhte.

In allen genannten Fällen handelt es sich um keine rein privatrechtlichen Verhältnisse; der obligatorischen Berechtigung liegt eine Herrschaft zu Grunde. Berechtigt ist die Gutsherrschaft, Gerichtsherrschaft, Vogteiherrschaft, die Kirche in ihrer Hoheit über die zu dem Kirchensprengel gehörigen Personen.

Erst später, seit dem 12. Jahrhundert und besonders in den Städten kommen rein privatrechtliche Reallasten auf (Renten), indem durch ein lediglich auf diesen Zweck gerichtetes Rechtsgeschäft eine Last auf ein Grundstück in der Weise gelegt wird, daß der jedesmalige Besitzer dem Berechtigten zu einer konstanten Abgabe oder einem bestimmten Dienst verpflichtet sein soll.

---

grefen sollickes, we tho vorn geschein, darvon tho schaffende in recht nicht plichtig were? darup gefunden, wer vor inen . . . Hinrich Berendes vorigen hogrefen seliger hedde gegeven, darvon solde man dem hogrefen nun vordan geven.

[13]) Ueber solche gerichtsherrliche Lasten z. B. Lüntzel S. 144; vogteiliche bei Kraut § 110 no. 4, 5.

Daneben finden sich noch vereinzelt manche anderen Reallasten welche sich nicht gruppenweise zusammenfassen lassen, insbesondere Verpflichtungen der Gutsherrn gegen ihre Bauern, welche diesen Charakter tragen[13]).

V. Die neuere Zeit hat die Reallasten vielfach aufgehoben, hauptsächlich die bäuerlichen[14]). Wenn die moderne Gesetzgebung die Entstehung neuer Reallasten verhüten will, so denkt sie doch besonders an die bäuerlichen und verbietet nur die Neubegründung unablöslicher Lasten. Auf Lebenszeit des Berechtigten können auch noch weiter Reallasten konstituirt werden (Leibzucht)[15]) und es erscheint auch gegenwärtig die Verknüpfung einer Obligation mit einem Grundstück in der Weise der Reallasten als eine für das moderne Recht brauchbare Gestaltung[16]), wie sich insbesondere bei der neueren Hypothek zeigt.

VI. Die Reallasten gehören so weit in das Privatrecht, als sie nicht öffentlichrechtlicher Natur und an den Staat oder die Gemeinde zu leisten sind, und zwar entscheidet dabei die Rücksicht, ob sie heut zu Tage dem Staat oder der Gemeinde als solcher zu leisten sind oder nicht[17]). Denn viele der ehemals auf öffentlichem Fundament beruhenden Lasten sind durch Uebergang in den Verkehr zu privatrechtlichen geworden. Dies gilt auch von den Zehnten, woher wir auch sie von der Betrachtung nicht ausschließen.

---

[13]) In den Weisthümern wird oft der Gutsherr verpflichtet, einen Sprungochsen, Zuchteber u. s. w. zu unterhalten, dessen sich die Bauern für ihre Viehzucht bedienen dürfen. Dies ist keine Realservitut, sondern eine Reallast, auch dann, wenn die Bauern, welche den Stier zur Begattung ihres Viehs benutzen, eine Abgabe entrichten, Seuffert XVIII. no. 15, F. C. Arnold, Prakt. Erörterungen S. 575. — Die Verpflichtung eine Thurmuhr in Stand zu halten, Entsch. d. RGsger. IV. no. 38. — Die baierischen Ehehaften, Roth B. III. § 294 II. — Ueber das Pferchrecht oben § 98 N. 25 ff. — Seuffert XXXIV. no. 140. 2.

[14]) Vgl. unten § 136 IV.

[15]) Dernburg I. § 307.

[16]) v. Gerber Privatr. § 168 N. 5 u. in Schletter's Jahrbb. II. S. 53 ff., 61 ff. Vgl. auch unten § 103. I. 1.

[17]) Daher werden übergangen die Grundsteuern, Wachdienste, Feuerlöschdienste, Verpflichtungen zur Straßenreinigung, Dienste der Grundbesitzer beim Transport von Personen oder Sachen im Interesse der Militärverwaltung, die Deichlast u. s. w.

Dagegen liegt kein Grund vor, die Fälle auszuscheiden, in denen die Leistung „zur Vergeltung einer zwischen dem Eigenthümer und dem jedesmaligen Inhaber des Guts bestehenden Verleihung" erfolgt[18]). Vielmehr kommt es auch hier darauf an, ob die Verpflichtung einen einfach obligatorischen Charakter hat und auf einer vertragsmäßigen Uebernahme von Seiten des Pflichtigen beruht, oder ob jeder Besitzer in Folge seines Besitzes unmittelbar verpflichtet ist.

§ 101. Die juristische Natur der Reallasten.

Reallasten sind dem römischen Recht unbekannt. Wenn der Besitzer eines Grundstücks sich zu einer jährlichen Rentenzahlung verpflichtet und das Gut eo jure eaque conditione verkauft, unter welcher er es besessen hat, ist sein Singularsuccessor zu dieser Leistung nicht verpflichtet, weil er mit dem Berechtigten nicht kontrahirt hat und eine Singularsuccession in die passive Seite der Obligation dem römischen Recht fremd ist[1]). Nur für das öffentliche Recht bestand die Möglichkeit, Abgaben und Leistungen in der Weise von Reallasten mit dem Grundstück zu verbinden[2]).

Sobald sich die Rechtswissenschaft mit den Erscheinungen des germanischen Rechtslebens zu beschäftigen begann, wurden die mannigfaltigsten Versuche gemacht, dem Institut durch Anknüpfung an römische Rechtssätze oder durch germanistische Deutungen sein Heimathrecht zu sichern[2a]).

---

[18]) Walter § 147 und Andere wollen dieselben ganz ausschließen; vgl. auch Duncker S. 197 ff. und gegen jene Ansicht Häberlin S. 157. Bei manchen Vertretern jener Ansicht spielt das Moment hinein, daß sie die Reallasten für dingliche Rechte halten und daher für die genannten Reallasten ein jus in re aliena an der eignen Sache annehmen müßten.

[1]) L. 81. § 1 D. 18. 1.

[2]) L. 7. pr. D. 39. 4: in vectigalibus ipsa praedia non personas conveniri, et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere. — v. Gerber Abhandlungen S. 230. — Windscheid § 220 N. 5, 6 spricht sich dafür aus, daß der canon des Emphyteuta nach röm. Recht eine Reallast sei und der Besitzer für die Rückstände des Vorbesitzers hafte; dagegen v. Wächter das Superficiar- oder Platzrecht 1868. S. 95 ff.

[2a]) Es sind hier nur die hauptsächlichsten Ansichten hervorzuheben; ausführliche dogmengeschichtliche Darstellungen finden sich bei Duncker, Häberlin und Friedlieb.

1. In der ältern Literatur erklärte man die Reallasten, besonders die gekauften Renten, häufig für Forderungsrechte, welche mit einer Hypothek am belasteten Grundstück verbunden sind[3]). Indessen abgesehen davon, daß Hypotheken dem ältesten Recht unbekaunt waren, erklärt diese Theorie nicht, warum der neue Erwerber des Grundstücks für die Leistung nicht bloß wie der Besitzer einer mit einer Hypothek belasteten Sache mit dem Grundstück haftet, sondern durch den Erwerb selbst Schuldner wird, während für den früheren Besitzer die Verpflichtnng erlischt. Nicht, daß der Berechtigte seine Befriedigung aus dem Grundstück suchen darf, sondern, daß die Person des Pflichtigen durch das Grundstück bestimmt wird, ist für die Reallast charakteristisch.

2. Nach Andern sollen die Reallasten besondere deutschrechtliche dingliche Rechte sein, welche nach Analogie der römischen Prädialservituten zu behandeln seien. Es sei eine Einseitigkeit, wenn die Römer nur Servituten, die in einem non facere oder in einem pati bestünden, anerkennen wollten; sie selbst hätten diese Beschränkung bei der servitus oneris ferendi aufgegeben und es sei kein Grund vorhanden, warum nicht auch ein facere des Grundbesitzers zum Inhalt einer Servitut erhoben oder ein dingliches Recht, welches ein facere zum Gegenstand habe, nach Analogie der Servituten konstituirt werden solle (servitutes juris germanici)[3a]).

---

[3]) Vgl. über diese Ansicht Duncker S. 6 ff., Frieblieb in den Jahrbb. III. S. 299 f., Reall. S. 120—124, 154—156, Gengler Lehrb. S. 287, v. Meibom S. 459 ff., Müller S. 81 ff. — Sie findet Unterstützung in französ. Coutumes, auch im Lütticher Gewohnheitsrecht art. 67, 167 (bei Warnkönig in der § 100 N. 6 angeführten Schrift). — Noch Unterholzner Verjährung § 254. II. S. 286 f. (2. Ausg.) schreibt: „das dingliche Recht, welches in Ansehung des belasteten Grundstücks unleugbar stattfindet, ist als ein zu dieser Schuldforderung hinzutretendes (accessorisches) Recht anzusehen und mit dem Pfandrecht zu vergleichen." Dazu neigt auch Kohler pfandrechtliche Forschungen 1882. S. 58 f.: „obligationes in rem scriptae verbunden mit pfandhafter Belastung des Grundstücks."

[3a]) Vgl. über diese Ansicht Duncker S. 11 ff., Gengler Lehrb. S. 286, Frieblieb Jahrbb. III. S. 300 ff., Reall. S. 124 ff., 156 ff. — Sie fand im C. Max. Bav. II. 7. § 2 (Kraut § 111. no. 9) und in der ältern österr. Gesetzgebung (Unger I. S. 558 N. 17) Ausdruck und herrschte auch in der baierischen (Erkenntn. v. 1846 in Bl. f. Rechtsanwendung. Ergänz. Bl. v. 2. Mai 1853 no. 3) und in der sächs. Praxis (1844 bei Seuffert II. no. 80. S. 100; vgl.

Indessen kann es überhaupt keine servitutes in faciendo geben (vgl. oben § 97 N. 8 ff.): der Berechtigte übt kein in dem Eigenthum am Grundstück enthaltenes Herrschaftsrecht aus, er greift nicht in das Eigenthum eines praedium serviens ein, sondern herrscht über den Willen des Grundbesitzers. Nicht das Eigenthum, sondern die Freiheit des Eigenthümers oder Besitzers ist beschränkt. Nebenbei kann noch bemerkt werden, daß während für Servituten der Satz gilt, daß Niemandem seine eigne Sache dient, zahlreiche Reallasten dem Grundeigenthümer gegen seine Bauern zustanden, welche an dem Grundstück ein abgeleitetes Recht hatten.

3. Andere erklären die Reallasten wohl nicht für Servituten, aber doch für dingliche Rechte, für eine den römischen jura in re aliena gleichartige Schöpfung, welche die Substanz der onerirten Liegenschaft mit afficire[4]). Während Manche von ihnen dies für die Reallast im Ganzen und für die einzelnen Präſtationen behaupten, erklären Andere, daß zwischen der Last im Ganzen und der Verpflichtung zu den einzelnen Leistungen zu unterscheiden sei; jene sei dinglich — allerdings ein dingliches Recht von anomaler Bildung —, diese seien obligatorischer Natur[5]).

---

auch XVIII. no. 15). Auch das Preuß. O. Trib. (Seuffert XXXIV. no. 16) nennt noch im J. 1877 die Reallasten: servitutes in faciendo. — Das Sächs. GB. § 522 verwirft ausdrücklich diese Auffassung (vgl. oben § 97 N. 8).

[4]) Gengler Lehrb. S. 296 ff. verkennt nicht das gezwungene seiner Erklärung und würde sich zu der Auffassung als Obligationen hinneigen, wenn er sich nicht gegen die Geschichte des Instituts zu versündigen glaubte. Er sagt S. 302 f., daß in der Reallast, ebenso wie bei den Dienstbarkeiten der Charakter der Duldung vorherrsche; sie sei „ein dingliches Recht an fremder Sache, welche sich im heutigen System den römischen juribus in re als eine gleichartige Schöpfung des deutschen Volksgeistes anreiht". — Runde Leibzucht S. 411 f. sagt, daß wer eine Reallast auf sein Grundstück lege, einen intellektuellen Theil desselben veräußere und den Berechtigten zum Miteigenthümer aufnehme. — Dernburg I § 305. c. schreibt für das Preuß. Recht der Last im Ganzen und den einzelnen Forderungen die Dinglichkeit zu. — Sohm Natur und Geschichte der modernen Hypothek. 1877. (Grünhut's Ztschr. V.) S. 36. — Seuffert XVII. no. 85 (Rostock) behauptet gleichfalls die Dinglichkeit; es fehle ganz an einem Schuldner und der Werth des Grundstücks sei das einzige Befriedigungsobjekt; XXIV. no. 256 (gleichfalls Rostock): der jeweilige Besitzer habe die jedesmalige fällige Leistung als Vertreter des Grundstücks zu beschaffen.

[5]) v. Wächter Erört. I. S. 121 u. Würt. R. II. S. 310 ff., vgl. auch

Gegen diese Ansicht spricht das schon bei no. 2 geltend gemachte Moment, daß ein dingliches Recht eine Herrschaft über die Sache enthält, und daß das Recht Abgaben und Dienste zu fordern, nicht die Herrschaft des Pflichtigen über seine Sache einschränkt, sondern den Besitzer partiell dem Willen des Berechtigten unterwirft[6]).

Bei einzelnen Vertretern der bekämpften Ansicht spielt die Annahme hinein, daß der Berechtigte eine Gewere am betreffenden Gut habe und der mittelalterlichen Gewere im heutigen Recht ein dingliches Recht entspreche. Für manche Reallasten ist es ja unbestreitbar, daß der Berechtigte neben dem Anspruch auf Zinse und Frohnden auch ein Recht am Gut hat. Aber dies gilt doch nur für die gutsherrlichen, nicht für die Reallasten publizistischen Ursprungs und für den Rentenkauf; das Recht am Gut ist also für die Reallastberechtigung nicht wesentlich und kann nicht für ihre Charakteristik verwendet werden[7]). Ebenso wenig spricht für die

S. 295 N. 9; es ist dies bei ihm um so auffallender, als er S. 296 anerkennt, daß zum Wesen des dinglichen Rechts die unmittelbare Unterwerfung der Sache unter die Herrschaft des Berechtigten gehört und daß die Wirksamkeit gegen den Dritten nur im Zweifel dem dinglichen Recht zukommt. Er gelangt eigentlich zur Personifikation des Grundstücks; die Leistung im Ganzen werde vom Grundstück geschuldet, die einzelnen Leistungen gingen in rein persönliche Rechte über. — Uebereinstimmend Unger I. S. 553 ff., 559 ff., vgl. auch S. 517 N. 25: „das dingliche Element besteht darin, daß die Last als Ganzes auf dem Grundstück ruht; es ist kraft einer juristischen Fiktion die Sache, welche die Leistung im Ganzen schuldet, das Grundstück, welches pflichtig ist" (S. 557); aber „die unbedingte Personificirung des Grundstücks ist . . . allzu künstlich und gewaltsam" (S. 559 N. 20); „die Reallast ist ein dingliches Recht, aber ein anomales dingliches Recht, da den Inhalt desselben wiederkehrende Leistungen bilden." — Beseler § 190 zu N. 5. — v. Meibom Jahrb. S. 499 ff., 503 ff.: sie seien eine den Prädialservituten vergleichbare Dienstbarkeit der Sache oder des Grundbesitzers als solchen; Meckl. Hyp. R. S. 35 f., sie seien dingliche Rechte des deutschen Rechts und ihre Zusammenfassung mit den römischen dinglichen Rechten rechtfertige sich durch ihre Verwandtschaft in wirthschaftlicher Hinsicht. — Für Bluntschli § 89, 90 „verschwindet das Räthselhafte", indem er von der Ansicht ausgeht, daß sie Nutzungen des Grundeigenthums und verwandter Hoheit seien. — Roth B. § 169 N. 17 ff. für das baier. R. — Förster § 188. — Kühnast Untersuchung des Begriffs der Grundschuld 1877. S. 59 f.

6) Vgl. besonders v. Gerber Abhh. S. 231 ff., Exner Tradition S. 44 f.

7) Derartige irrthümliche Ansichten z. B. bei Bluntschli § 89, 90, aber auch bei Friedlieb Reall. S. 167 f., 198 ff., welcher sich übrigens für die obli-

Dinglichkeit und gegen die obligatorische Natur[8]), daß die Verbindlichkeit an sich eine unendliche ist und durch Erfüllung nicht getilgt werden kann. Wir müßten sonst auch die unkündbare Verbindlichkeit, Zinsen aus einem Darlehen (Staatspapier, Pfandbrief) zu bezahlen, für eine dingliche Last erklären; überdies giebt es auch Reallasten, welche nur eine kürzere, begrenzte Zeit hindurch Bestand haben.

Und was die Ansicht betrifft, daß die Last im Ganzen dinglich, die einzelne Leistung obligatorisch sei, so erklärt sie nicht die abnorme Erscheinung, daß die obligatorischen Verpflichtungen einer Person zusammen genommen sich als dinglich charakterisiren sollen[8a]). Die Disharmonie wird nicht beseitigt, wenn man die einzelnen Leistungen für Folgen des dinglichen Rechtsverhältnisses[9]) oder für Früchte erklärt, welche von selbst aus der Gesammtberechtigung erwachsen[10]).

Will man die Reallasten dingliche Rechte nicht im Sinne des römischen, sondern des deutschen Rechts nennen, mit der Auffassung, daß deutschrechtliche dingliche Recht solche seien, welche jeden Besitzer einer bestimmten Sache zu gewissen Leistungen verpflichten[11]), so hat man eine neue Terminologie aufgestellt, gegen welche sich nichts einwenden läßt, falls man sich immer dessen bewußt bleibt, daß auf solche Rechte nicht ohne weiteres diejenigen Sätze anwendbar sind, welche aus der römischen, d. h. der Dinglichkeit im gewöhnlichen Sinne folgen würden[12]).

---

gatorische Natur ausspricht. Doch glaubt er, ebenso wie mancher Andere, aus der Befugniß des Berechtigten im Fall der mora sich des pflichtigen Guts zu unterwinden, auf ein bereits vorhandenes dingliches Recht schließen zu dürfen.

[8]) v. Meibom Jahrb. S. 499 meint, es sei dies ein sprechendes Moment; Förster III. § 188 zu N. 24: „der Ausschluß der Lösung des Rechtsverhältnisses widerspricht dem Wesen der Obligation schlechthin."

[8a]) G. Hartmann Obligation S. 151 N. 5: das Gesammtrecht kann unmöglich von vollkommen andersartiger begrifflicher Struktur sein, als die Einzelrechte.

[9]) Beseler § 190 N. 5, Kühnast S. 60: „Nicht auf dem Boden der Mechanik bewegen wir uns hier, sondern im Getriebe der Dynamik. Der obligatorische Anspruch ist eine Funktion des dinglichen Rechts."

[10]) v. Meibom Jahrb. S. 504.

[11]) Häberlin S. 147 ff.; er stellt aber auch die künstliche Konstruktion auf, daß die einzelne Leistung ebenso wie das Gesammtrecht, dinglicher Natur sei, sich aber durch Nicht-Abführung, durch mora in eine persönliche Schuld verwandele. Vgl. dagegen Reyscher Ztschr. f. d. R. XVIII. S. 170 ff.

[12]) Vgl. oben I. § 66. III.

Ebenso erhalten wir nur einen neuen Namen, wenn man die Reallasten dingliche Forderungsrechte[13]) oder subjektiv dingliche Rechte nennt[14]); es bleibt dabei unentschieden, ob es sich um ein dingliches oder persönliches Recht handelt[15]).

4. Um den Uebergang der Verbindlichkeit bei Uebertragung des Grundstücks zu erklären, sind Manche mit mehr oder weniger Entschiedenheit[16]) zur Personifikation des Grundstücks geschritten. Indem sie eine Fiktion zu Hülfe nehmen, betrachten sie das Grundstück als verpflichtet und den jedesmaligen Besitzer als Vertreter desselben, schwanken aber im einzelnen.

Duncker faßt seine Ansicht dahin zusammen[17]): „eine Reallast ist die Verpflichtung einer unbeweglichen Sache, wodurch dieselbe als Subjekt einer zum Besten einer Person oder eines Grundstücks vorzunehmenden Leistung erscheint. Die der Reallast gegenüberstehende Berechtigung ist das einer Person oder einem Grundstück zustehende dingliche Recht, welches die Verpflichtung einer unbeweglichen Sache zu einer Leistung zum Gegenstande hat.“

Abgesehen davon, daß die Personifikation des Grundstücks ein überflüssiger theoretischer Nothbehelf ist, welcher in ungehöriger Weise den Umkreis der juristischen Personen erweitert, würde die Begriffsbestimmung Duncker's nicht zu einem dinglichen, sondern zu einem

---

[13]) Oetloff § 232, Reyscher I. § 255, Mittermaier in früheren Auflagen. — Vgl. dagegen v. Wächter II. S. 314, Duncker S. 28 ff., 35 ff., Friedlieb Reall. S. 129 f.

[14]) Eichhorn § 162, Mittermaier in spätern Auflagen. In den letzten Auflagen hat Mittermaier § 172, 173 einzelne Momente der verschiedenen Ansichten in so unkritisch-eklektischer Weise mit einander vereinigt, daß wohl Niemand Klarheit über seine Ansicht wird gewinnen können. — Gegen diese Auffassung als subjektiv dingliche Rechte vgl. v. Wächter II. S. 315, Duncker S. 31 ff., 35 ff., Friedlieb Reall. S. 128.

[15]) Schmidt sächs. R. I. S. 307 erklärt die Reallast für ein aus dinglichen und obligatorischen Elementen gemischtes Recht und spricht sich ausdrücklich dagegen aus, daß das Hauptrecht dinglich, die einzelne Leistung obligatorisch sei. — Roth B. § 59 N. 9 ff.: Vermögensrechte gemischter Natur.

[16]) Auch v. Wächter und Unger sind hierher zu zählen, obgleich sie sich gegen die Personifikation erklären; vgl. N. 5. — Vgl. auch die Rostocker Erkenntnisse in N. 4. — Ueber französische Juristen Duncker S. 26 ff.

[17]) Reallasten S. 61.

obligatorischen Recht des Berechtigten führen[18]). So kommen denn Andere dazu, daß die Reallast eine Schuld des Grundstücks sei[19]).

Indessen die kurze volksthümliche Ausdrucksweise der Quellen, daß ein Gut pflichtig sei, daß es so und so viel Tage im Jahre Frohndienste oder eine bestimmte Abgabe zu leisten habe[20]), liefert keinen Beweis dafür, daß diese Auffassung der juristische Inhalt des ältern Rechts sei[21]). Wäre das Grundstück als Schuldner zu personifiziren, so müßte unbedingt überall der Singularsuccessor für die Rückstände des Vorbesitzers haften und der Besitzer durch Dereliktion von all' seinen Verpflichtungen frei werden; und doch gilt dies nur für eine Anzahl von Partikularrechten.

5. Mann[22]) erklärt die einzelnen Reallastleistungen nicht für die Erfüllung von Obligationen, sondern von Bedingungen. Der Berechtigte habe kein Recht auf Leistungen, sondern ein Recht am Grundstück, welches er geltend mache, wenn die Lasten nicht abgetragen werden; es falle dann das Grundstück sofort dem Berechtigten zu[23]). Während bisher allgemein die Verpflichtung zu den Leistungen als selbständiger Inhalt der Reallast galt und man annahm, daß die Leistung durch verschiedene Exekutionsmittel erzwungen werden könne, die Nichtleistung aber nicht sofort den Verlust des Grund-

---

18) Unger I. S. 559 N. 20, Renaud S. 18 ff., Frieblieb Reall. S. 165—167.

19) Donandt Gesch. des Bremischen Stadtr. II. 1830. S. 321 mit Bezug auf die Rente; sie werde von dem jedesmaligen Inhaber des Grundstücks als „dem physischen Substrat des moralischen Schuldners gefordert." — Walter § 148, vgl. aber auch § 149 N. 4 (§ 151, VI: auf Seiten des Berechtigten liege „ein dauerndes geistiges (!) Band zu einer körperlichen Sache zum Grunde"). — v. Meibom Jahrb. S. 453, 55, der sich anderwärts für die dingliche Natur des Gesammtrechts ausspricht, oben N. 5. — Erk. bei Buchka und Budde V. S. 193: das Grundstück sei gewissermaßen verpflichtet; obligatio rei. — Weitere Nachweisungen über die Personifikationstheorie bei Gengler Lehrb. S. 292 f., Müller S. 3 N.

20) Solche Stellen z. B. bei Häberlin S. 153.

21) Vgl. auch Gierke Genossenschaftsrecht II. S. 106 ff., 110. Mit Unrecht legt darauf noch Gewicht Rosenthal Eigenthum in Wirzburg S. 80.

22) Vgl. den Titel seiner Schrift § 100 N. 1.

23) Schütze in d. Krit. Vierteljs. Schr. XII. S. 123—125 erklärt diese Theorie geradezu für die endgültige Lösung des Problems; vgl. aber Roth ebendaselbst S. 490 f.

stücks nach sich ziehe, dreht Mann das Verhältniß um. Den Inhalt der Reallast bilde die Verpflichtung des Besitzers, dem Berechtigten das Grundstück herauszugeben, wenn die Bedingung eintritt, daß die Lasten nicht abgeführt werden. Somit würde der Berechtigte keine Klage auf Leistung, kein Mittel haben, die Leistung zu erzwingen, und würde sofort auf Herausgabe des Grundstücks klagen müssen.

6. Albrecht[24]) versucht die Reallasten mit Hülfe des ältern deutschen Rechts, insbesondere seines Begriffs der Gewere zu erklären. Die ältesten Reallasten seien die bäuerlichen; bei ihnen sei das Recht des Gutsherrn auf die Prästationen eine Pertinenz seiner Eigenthumsgewere, wie andererseits die Verpflichtung des Hintersassen eine Pertinenz von dessen Gewere am Gut sei. Den bäuerlichen Reallasten sei ursprünglich der Rentenkauf nachgebildet gewesen, indem der Berechtigte auch eine Gewere am Gut gehabt habe. Mit Entstehung des dinglichen Rechts auf der Seite des Berechtigten sei ohne weiteres auch das Recht auf die Leistung gegen denjenigen erworben, welcher das Gut mit jener Verpflichtung übernahm. Die Gewere am Gut und die Gewere am Zinsrecht, das dingliche und das persönliche Element seien nicht heterogene Bestandtheile des Verhältnisses, sondern es nehme in Folge ihrer Untrennbarkeit das persönliche Element die Eigenschaft des dinglichen an; so sei die Reallastberechtigung ein dingliches Recht. Erst in seiner spätern Gestalt sei der Rentenkauf eine Reallast, bei welcher die Leistungsberechtigung nicht auf Proprietätsrechten am Gut basirt ist. Die ältere Zeit habe freilich auch einige Reallastberechtigungen ohne Proprietätsrechte gekannt; sie seien aber öffentlichrechtliche gewesen, bei denen der Staat, die Gemeinde, die Kirche berechtigt war, und könnten daher außer Betracht bleiben[25]).

Indessen ist es unzulässig, die älteren staatsrechtlichen Reallasten, welche in ihrer juristischen Behandlung den privatrechtlichen gleichstehen (oben S. 238), und den Rentenkauf, bei welchem der

---

[24]) Gewere S. 165 ff.; er hat diese Ansicht später aufgegeben; vgl. N. 30. — Gegen diese frühere Ansicht von Albrecht vgl. Duncker S. 43 ff., Friedlieb Reall. S. 132 ff., 162 ff.

[25]) Gewere S. 184.

Berechtigte gleichfalls keine Gewere am Gut hatte, auszuschließen[26]). Auch waren die aus dem Proprietätsverhältniß hervorgegangenen Reallasten von dem Recht am Gut trennbar, indem die Reallast ohne das Gut vom Gutsherrn veräußert werden konnte und doch ihr bisheriges Wesen behielt. So ist also das Pertinenzverhältniß nicht überall vorhanden.

Und wie sollen wir uns überhaupt dies Pertinenzverhältniß zwischen dem Recht an der Sache und dem Recht auf die Leistung denken? Darf man einem Recht diejenige Qualität zuschreiben, welche ein anderes Recht hat, mit dem verbunden es vorzukommen pflegt?

7. Die Albrecht'sche Theorie hat Renaud modifizirt[27]). Die Gewere am Grundstück umfasse zugleich die Gewere an der fahrenden Habe auf ihm. So habe der nicht besitzende Eigenthümer, wenn er das Gut verliehen habe, außer der Gewere am Gut auch die Gewere an der fahrenden Habe desselben. Die Reallast nun sei das Recht auf einen Theil des periodischen Frucht- und Viehertrages des Guts; sie sei ein Accessorium der Gewere am Grundstück, theile die Natur derselben, sei also dinglich. Sie verpflichte nicht zu einem Thun, sondern zum Leiden; verpflichte nicht zur Bestellung des Guts und zur Ablieferung des Zinses, sondern gebe nur dem Berechtigten die Befugniß, sich seinen Zins zu nehmen[28]).

Um diese absonderliche Ansicht durchzuführen, sieht sich Renaud genöthigt, die Frohnden ganz auszuscheiden, die Geldleistungen für eine spätere Abart zu erklären, auf welche die fertigen Grundsätze übertragen seien, die Reallasten, bei denen der Berechtigte keine Gewere am Gut hat, gleichfalls zunächst bei Seite zu lassen, und, um den Zehnten als Reallast zu retten, der Kirche ein dominium eminens am zehntpflichtigen Boden zuzuschreiben. Von den übrig bleibenden

---

26) Duncker S. 43 ff.

27) Beitr. zur Theorie der Reall. 1846. S. 22—43; vgl. gegen ihn v. Gerber in Schneider's Krit. Jahrbb. 1846. S. 782 ff. und Duncker Zeitschr. f. d. R. XI. S. 464—468.

28) Ein Anklang an diese Ansicht findet sich auch bei Förster III. § 188 hinter N. 28: „die Reallast ist ein dingliches Recht auf eine Quote von der Nutzung eines Grundstücks; was dieses produzirt, soll zu einem Theil einem fremden Berechtigten gewährt werden." Es wäre also, wenn nichts produzirt wird, nichts zu leisten.

Reallasten würde die Theorie aber nur auf die wenigen Fälle passen, in denen der Pflichtige den Zins nicht dem Berechtigten bringt, sondern seine Abholung abwartet. Ueberdies aber ist der Satz, daß die Gewere am Immobile die an den Mobilien umschließe, in dieser Anwendung irrig[29]). So paßt diese Theorie nur auf einen verschwindend kleinen Theil der Reallasten und ist auch für diesen unrichtig.

8. Als richtige Ansicht erscheint die, daß die Reallasten, weil der Grundbesitzer verpflichtet ist zum thun, zahlen, geben u. s. w. sowohl im Ganzen als in Rücksicht auf die einzelnen Leistungen obligatorischer Natur sind[30]). Dieser obligatorische Charakter wird dadurch nicht alterirt, daß nicht ein bestimmtes Individuum und sein Erbe, sondern der jedesmalige Besitzer eines bestimmten Grundstücks verpflichtet ist. Diese nach römischem Recht nur für staatsrechtliche Verpflichtungen vorkommende Verknüpfung der passiven Seite des Rechtsverhältnisses mit einem Grundstück findet ihre Erklärung in den wirthschaftlichen Verhältnissen der Vergangenheit und ist auch in der Gegenwart geeignet, um die Bedürfnisse des Lebens zu befriedigen. Eine tiefere juristische Begründung für diese Verknüpfung und eine Vereinigung der Reallasten mit den allgemeinen Grundprinzipien des römischen Rechts zu einem harmonischen Ganzen läßt sich nicht gewinnen. Sie stehen außerhalb des römischen Systems und bilden neben den römisch gearteten Obligationen eine besondere Kategorie.

Die Reallasten mit ihrem regelmäßig unerschöpflichen Inhalt

---

[29]) Oben § 72 N. 8.

[30]) Für diese Ansicht Seuffert Baurecht S. 72 (im Anschluß an die akademischen Vorträge Heise's), Albrecht in s. Rezension (Forderungen, welche mit dem äußern Gewande des Immobiliarsachenrechts bekleidet sind; Forderungsrechte mit dem Charakter der Gewere, — eine Formulirung, welche mit Unrecht von Vielen auf Hillebrand zurückgeführt wird), v. Gerber, v. Savigny Obl. Recht I. S. 134, Friedlieb Reall. S. 151 ff., 188 ff. (der aber wieder in den alten Fehler zurückverfällt, auch in andern Fällen, als für welche dies begründet ist, dem Berechtigten ein dingliches Recht am Grundstück zuzusprechen. Auch erwähnt er bei seinen allgemeinen Deduktionen nur immer die Zinse, fast nie die Frohnden.), Dernburg und Hinrichs Preuß. Hyp. R. S. 414 f. — Die Auffassung als Obligationen tritt besonders deutlich im Sächs. GB. hervor, § 511 vgl. mit § 505 ff.

sind den zinstragenden Inhaberpapieren zu parallelisiren. Dort ist die Verpflichtung an den Besitz des Grundstücks, hier das Recht an den Besitz des Papiers geknüpft; dort Endigung des Rechts durch Ablösung, hier durch Einlösung des Papiers. Die einzelnen Prästationen verhalten sich zu der Reallast im Ganzen, wie die Zinszahlungen zu dem im Inhaberpapier verkörperten Recht.

Da die Reallastberechtigung wirthschaftlich betrachtet der Nutznießung eines Grundstücks vergleichbar ist, indem der Berechtigte von dem Grundstück durch Vermittlung des Besitzers einen prinzipiell ewigen Fruchtgenuß bezieht, konnte man das Recht im Ganzen, in seiner Qualität als Quelle eines dauernden Einkommens, einem Immobile vergleichen. Wegen dieser Bedeutung wandte man im Mittelalter und auch in der neueren Zeit auf Reallasten gleiche Grundsätze wie auf Immobilien an: man sprach von einer Gewere, rechten Gewere, vom Besitz an Reallasten, ließ Reallasten auf, trug sie ins Hypothekenbuch ein, betrachtete sie als lehnbares und verpfändbares Objekt, ließ sie durch Verjährung entstehen, forderte bei ihrer Bestellung oder Veräußerung theilweise die Genehmigung der nächsten Erben, brachte auf sie possessorische und petitorische Rechtsmittel zur Anwendung u. s. w.[31]).

Da aber über die Natur eines Rechts nicht die Anwendung einzelner Rechtssätze, sondern sein Inhalt entscheidet, so sind die Reallasten trotzdem für obligatorische Rechte zu erklären[32]).

§ 102. Die Subjekte bei Reallasten. Possessorische und petitorische Rechtsmittel.

I. Berechtigtes Subjekt. Die ältesten Reallastberechtigungen standen der Gutsherrschaft, obrigkeitlichen Gewalten, Vogtherrn, der

---

[31]) Duncker S. 64 ff.

[32]) Entsprechend sagt mit Bezug auf die Hypothek Sohm Natur der modernen Hypothek (in Grünhuts Ztschr. V.) S. 3: „Zunächst ist klar, daß über die Frage nach dem Wesen der Hypothek nur die Rechtssätze über ihren Inhalt, nicht andere Rechtssätze, z. B. nicht die Rechtssätze über Entstehungs- und Aufhebungsgründe entscheiden. Jedes subjektive Recht ist durch seinen Inhalt und nur durch seinen Inhalt individualisirt. Entstehungs- und Aufhebungsgründe mag es mit anderen Rechten theilen, ohne mit denselben zusammenzufallen oder es mag dasselbe Recht in besonderen Fällen besonderen Entstehungs- und Aufhebungsgründen unterliegen, ohne daß damit die Identität seines Wesens verschwindet". — Vgl. übrigens auch Exner Oesterr. Hypothekenrecht S. 37.

Gemeinde[1]), der Kirche zu; die spätern konnten zu Gunsten einfacher Privatpersonen begründet werden. Viele waren, obgleich aus öffentlichen Gründen hervorgegangen, frei veräußerlich; andere erschienen als Realrecht, so daß sie nur durch Veräußerung seines Grundbesitzes vom Berechtigten übertragen werden konnten, so die Frohnden, welche regelmäßig nur dem Herrenhof geleistet wurden.

II. 1. Verpflichtetes Subjekt ist der Besitzer des Guts, auf welches die Last gelegt ist. Für das ältere Recht ist die Annahme irrig, daß regelmäßig der Eigenthümer verpflichtet sei, da meistens derjenige, welcher das Grundstück nutzt und die Gewere at, die Reallast abführen soll und oft der Eigenthümer der Berechtigte ist. In manchen Fällen, z. B. bei den Renten ist der Eigenthümer der Verpflichtete und hat die Rente auch dann abzuführen, wenn er das Gut einer andern Person, einem Miether zum Besitz übertragen hat. Es ist also im einzelnen Fall zu untersuchen, ob der Eigenthümer oder der Besitzer verpflichtet sein soll[2]).

2. In manchen Fällen ist nicht jeder Besitzer verpflichtet, sondern tritt die Verpflichtung für ihn nur unter der Voraussetzung ein, daß er eine bestimmte Eigenschaft hat, z. B. daß er von bäuerlichem Stande ist, eine gewisse Gattung von Vieh hält, einer bestimmten Confession angehört[3]) u. s. w., woher die Reallast so lange ruht, als diese Eigenschaft beim Besitzer nicht vorhanden ist.

3. Für die Abführung der Leistungen haftet der Besitzer an

---

[1]) Die Gemeinde ist z. B. berechtigt bei der Verpflichtung des Gutsherrn, einen Sprungochsen zu halten; vgl. § 100 N. 13.

[2]) Vgl. auch Randa Besitz (3. Aufl.) S. 539 N. 37. — Das Sächs. GB. § 505 spricht in seiner Definition vom Eigenthümer, was nach Ablösung zahlreicher Reallasten und Aufhebung der Gutsherrschaft richtig sein mag. Vgl. auch Müller S. 4 N. 4.

[3]) Daß jeder Besitzer, ohne Rücksicht auf seine persönliche Qualifikation den kirchlichen Zehnten abzuführen hatte, galt nicht als ausnahmslose Regel nach kanonischem Recht; vgl. c. 32 X. III. 30. — Die Juden waren dem Zehnten unterworfen, wenn sie zehntpflichtige Güter besaßen, Stobbe die Juden in Deutschland 1866 S. 39, 215. — Nach Friedrich II. schlesischer Zehntordnung sollten die Bauern den Zehnten nur unter der Voraussetzung abführen, daß sie der Confession der berechtigten Kirche angehörten; später wurde diese Beschränkung der Zehntpflicht wieder beseitigt; Friedberg in d. Ztschr. f. Kirchenr. VI. S. 367 ff., 396 ff., 401 ff., vgl. auch Preuß. Ldr. II. 11. § 872 und Koch Preuß. Privatr. § 357 N. 7.

sich mit seinem ganzen Vermögen. Bei den alten bäuerlichen Lasten wird dies Vermögen regelmäßig nur in dem Gut selbst und in dem bestanden haben, was sich auf demselben befindet[3a]). In den Städten aber, in welchen das Vermögen der Bürger mannigfaltiger war, bildete sich für den Rentenkauf die Beschränkung aus, daß der Verpflichtete nur mit dem Haus und mit denjenigen Mobilien verhaftet ist, welche sich in demselben befinden[4]). Es kann dies nicht als Beweis dafür benützt werden, daß nicht die Person, sondern das Gut Schuldner sei, sondern es besteht hier eine beschränkte Verhaftung des Schuldners, wie sie auch bei andern Rechtsverhältnissen vorkommt[5]).

4. Aus der Verpflichtung des Besitzers des Grundstücks würde an sich zu folgern sein, a) daß er durch Aufgeben des Besitzes, falls ihm solches einseitig gestattet ist, von der Verbindlichkeit für die Zukunft frei wird, b) daß er für die in der Zeit seines Besitzes fällig gewordenen, aber nicht abgeführten Prästationen noch weiter verhaftet bleibt und c) daß der Singularsuccessor im Besitz für die von seinem Vorbesitzer nicht abgeführten Lasten nicht einzustehen hat.

Indessen sind diese Folgerungen aus dem Wesen der Reallast in Rücksicht auf Zinse und sonstige Abgaben[6]) im positiven Recht nicht überall anerkannt. In Gesetzen, der Praxis und der Literatur findet sich auch öfter die Annahme, daß der Schuldner durch Dereliktion des Guts von der Haftung für die Rückstände dem Gläubiger gegenüber frei werde, und daß der Nachfolger auch für die Rückstände des Vorbesitzers aufkommen müsse[7]), jedoch, wenn er in

---

[3a]) Tiroler Weisth. I. S. 256 § 20: Hat der Verpflichtete das Gut verpfändet, so kann der Berechtigte wegen der rückständigen Leistungen doch auf irem grunt und poden pfänden.

[4]) Unten § 104. no. 4.

[5]) Unten III. § 175. II.

[6]) Vom Rentenkauf sehe ich hier ab; vgl. unten § 104. no. 5. — Bei Frohnden kann von einer Verhaftung des Nachfolgers kaum die Rede sein.

[7]) Man berief sich dafür auch auf die römischen Bestimmungen über Grundsteuern; vgl. § 101 N. 2. — Ich stelle die Zeugnisse für diese Controverse, soweit sie mir bekannt sind, zusammen:

a) Der Nachfolger haftet für die Rückstände: Oberpfälz. Urk. v. 1469 bei Schröder Urkk. no. 309 (273). — Grimm Weisth. III. S. 664, V. S. 285. § 12. — Preuß. R. v. 1620 bei Kraut § 111. no. 12. — Wormser Reform. V. 2. tit. 2. fol. 106[b], 110[a]. — Nürnb. Ref. v. 1564. tit. 11. c. 2

derivativer Weise das Gut erwarb, den Regreß gegen den Veräußerer habe[8]). Indessen, wenn in älterer Zeit diese letzteren Grundsätze sehr allgemein verbreitet waren, so herrscht heut zu Tage der obligatorische Charakter der Reallast in ausgeprägterer Weise vor und dürfen diese Sätze nur da angenommen werden, wo das

(selbst im Fall der Subhastation). — Züricher R. v. 1533 bei Bluntschli Zür. R. G. II. S. 118). — Weimar'sches Recht bei Emminghaus S. 131. no. 122. — Oestr. VO. v. 1784 bei Reyscher § 255 N. 8; vgl. auch Oestr. GB. § 928. — Sächs. GB. § 510, 11. — Baier. Entw. III. § 344. — Aeltere sächs. Praxis bei Emminghaus S. 131. no. 127, 130, Meckl. Praxis bei Seuffert XVII. no. 85, Gött. Jur. F. bei Seuffert XXI. no. 65. — Thomas I. S. 274, Runde Interimswirthschaft S. 144 f., Leibzucht S. 451 ff., Duncker S. 166 ff., vgl. auch S. 76 ff., Paulsen S. 112 N., v. Wächter I. S. 621, Erörter. I. S. 127—136, Renaud S. 84 ff., 95 ff., Gengler S. 306.

b) Der Nachfolger haftet nicht für die Rückstände: Frankf. Urk. bei Schröder Urkk. no. 263 (244). — Lütticher Gew. R. art. 172 (Warnkönig Beiträge S. 173): possessor non tenetur, nisi pro annis, pro quibus possedit. — C. Max. Bav. II. 10. § 4 (Roth B. II. § 171 N. 15 ff.). — Gothaisches Lehnsmandat v. 1800 § 136. — Baden'sches Ldr. art. 710[fh] und (mit Bezug auf Zehnten) 710[ov] — Zür. GB. § 759 (in beschränkter Weise). — Würt. R. vgl. Wächter I. S. 622, II. 313 f. (abweichender Ansicht über dasselbe Reyscher I. § 255). — Lüb. VO. v. 25. März 1848. § 3. — Jenaer Praxis bei Seuffert V. no. 215 und in den Abhh. u. Rechtsfällen v. Ortloff u. s. w. II. S. 198 ff. — App. Ger. v. Celle (Ztschr. f. hannov. R. X. S. 311). — Die Preuß. Praxis schwankt vgl. Koch z. Preuß. Ldr. I. 20. § 482 und Förster § 188 N. 56 ff. — Gegen die Verhaftung des Singularsuccessors, falls nicht das Partikularrecht entgegen steht, erklären sich: Eichhorn § 166 N. c, Mittermaier I. § 174 N. 40 ff., Maurenbrecher § 321 N. 2, Beseler § 190. III, Gerber § 171 N. 3 u. Abhh. S. 234, Walter § 151 N. 4, 5, Bluntschli § 90. 3, Unger I. S. 563 N. 33, Förster § 188 N. 37 ff., Häberlin S. 162 ff., Frieblieb S. 70, 330 f., v. Meibom S. 506 f., Lewis Fam. Fideik. S. 214.

[8]) Sächs. GB. § 510. — Anders, wenn er ein derelinquirtes Gut erwarb. — Literatur über die Controverse, ob Jemand, der ein Gut in der Subhastation erwirbt, auch für die Rückstände verpflichtet ist, bei Runde Leibzucht S. 451 N. m, Eichhorn § 166 N. c, Unger I. S. 565 N. 38. — Die Haftung wird ausgeschlossen Emminghaus S. 134. no. 130 und in dem Sächs. GB. § 510; sie besteht auch in diesem Fall nach der Nürnb. Ref. 1564. tit. 11. c. 2, und das Altenb. Ges. v. 23. Dez. 1858 läßt den Erwerber im Fall der Zwangsversteigerung für die Rückstände der letzten drei Jahre aus der Zeit des Vorbesitzers — jedoch nicht über den Grundstückswerth hinaus — verhaftet sein; der frühere Eigenthümer soll für seine Rückstände weiter verpflichtet und daher auch dem zahlenden Erwerber regreßpflichtig sein.

Partikularrecht sie entweder direkt enthält oder demselben der Gedanke der Personifikation des Grundstücks zu Grunde liegt. Aber auch da wo diese Verhaftung des Singularsuccessors positiv gilt, darf sie nicht als Beweis für die Dinglichkeit der einzelnen Leistung betrachtet werden[9]).

III. Besitz an Reallasten[10]).

1. Da die Reallastverbindlichkeit in fortlaufenden Leistungen zur Erscheinung kommt und durch dieselben nicht erschöpft wird, da es weiter möglich ist, daß sie ohne Berechtigung thatsächlich ausgeübt wird, oder daß der Verpflichtete sich thatsächlich von der Leistung frei erhält, sprach man schon im Mittelalter von einer Gewere an der Reallast, dem Zinsrecht, Zehntrecht u. s. w.[11]). Als das fremde Recht recipirt wurde, erklärte man die thatsächliche Ausübung der Reallast nach Analogie der Servituten für eine juris oder quasi possessio[12]) und schützte dieselbe durch die im kanonischen Recht ausgebildeten possessorischen Rechtsmittel[13]). In dieser in der Receptionszeit entwickelten Gestaltung ist der Besitz und der Besitzschutz der Reallasten im modernen Recht anerkannt[13a]).

2. Der Besitz an einer Reallast wird erworben, wenn der

---

[9]) Wie z. B. Roth B. § 169 N. 21 sagt: „haftet der Singularsuccessor für die Rückstände des Vorgängers, so kann die Ausdehnung der Dinglichkeit auf das ganze Verhältniß keinem Zweifel unterliegen".

[10]) Duncker Reall. S. 95 und in d. Ztschr. f. d. R. II. 2. S. 28 ff., 57 ff., Renaud S. 64 ff., Bruns Recht des Besitzes, an verschiedenen Stellen, Randa Besitz (3. Aufl.) S. 540 ff., 631 ff., 676 ff. Vgl. auch oben § 72. no. 7, § 76, § 77. no. 6.

[11]) Vgl. auch Gengler Lehrb. S. 297. — Es ist hervorzuheben (vgl. auch oben § 101, 3), daß neben der Gewere am Zins der Berechtigte auch eine Gewere an dem Gut haben kann; eine solche Koexistenz zweier Gewere ist aber nicht begrifflich nothwendig.

[12]) z. B. Urk. v. 1344 bei Seibertz II. no. 692: duas marcas . . . perpetui et hereditarii census . . . contulit . . . nosque in possessionem vel quasi juris percipiendi censum hujusmodi induxit; vgl. auch Kraut § 112. no. 1, 2, 4.

[13]) v. Gerber Abhh. S. 236 würdigt die Bedeutung des Besitzes für Reallasten zu wenig, wenn er ihn „nur eine äußerliche und willkürliche Zuthat nennt"; man bedenke die Entstehung und Erlöschung einer Reallast durch Verjährung und die possessorischen Interdikte.

[13a]) Dagegen Sächs. GB. § 512: „Rechtsbesitz findet bei Reallasten nicht statt;" Müller S. 60

Grundbesitzer die Leistung in der Absicht (animus) eine Reallast abzuführen vornimmt und der Empfänger sie in dem entsprechenden Sinne entgegennimmt. Es bedarf einer zweiseitigen Handlung[14]); doch genügt zur Entstehung des Besitzes, daß einmal die Reallast geltend gemacht ist.

Wenn der bisherige Besitzer der Reallast dieselbe einem Andern einräumt, ist die wirkliche Ausübung des Erwerbers nicht erforderlich, um Besitz anzunehmen, sondern genügt es, wenn der Ausübung seines Besitzes kein Hinderniß im Wege steht[15]).

3. Eine bloße Störung des Besitzes liegt vor, wenn der bisher Leistende fernere Leistungen unterläßt oder einzelne Leistungen einfach verweigert. Denn es ist möglich, daß er das Recht im Ganzen anerkennt, aber einzelne Leistungen aus Nachlässigkeit oder Insolenz unterläßt oder blos darum verweigert, weil er eine Remission beansprucht oder schon geleistet zu haben behauptet u. s. w.[16]).

4. Dagegen nimmt man im Anschluß an das kanonische Recht den Verlust des Besitzes, eine Dejektion oder Spoliation nicht bloß bei eigentlichen Gewaltthaten, sondern auch bei der Weigerung an, die Berechtigung des Besitzenden anzuerkennen und fernere Leistungen abzuführen[17]).

5. Auch kann im Gegensatz gegen das römische Recht eine Besitzstörung oder Spoliation nicht blos durch den Pflichtigen, sondern auch durch einen Dritten erfolgen, welcher sich ohne Grund die Berechtigung anmaßt[18]).

---

[14]) Bruns R. des Besitzes S. 201 ff., Randa S. 632 ff.

[15]) Duncker Ztschr. f. d. R. II. 2. S. 62 (Reall. S. 99 war er anderer Ansicht), Bruns S. 198 ff.: es ist dies eine im kanonischen Recht anerkannte Erweiterung des Besitzbegriffs. — Die wirkliche Ausübung des wesentlichen Inhalts des betreffenden Rechts fordert Randa S. 633 N. 4ª, 5, Friedlieb S. 320.

[16]) Abweichend bestimmt das Pr. Lbr. I. 9. § 651, daß die Unterlassung der Ausübung eines nur bei gewissen Gelegenheiten oder in längeren Zwischenräumen auszuübenden Rechts bei einer sich darbietenden Gelegenheit eine Unterbrechung des Besitzes bewirke.

[17]) Vgl. oben § 77 N. 46—48.

[18]) Bruns S. 214 ff., Friedlieb S. 321. — Duncker II. 2. S. 86 ff., dem Renaud S. 75 beitritt, behauptet vom romanist. Standpunkt aus, daß dadurch der Besitz nicht verloren gehe, und Randa S. 665 N. 14 macht geltend, daß wenn in Folge der Ansprüche des Dritten der Pflichtige an den bisherigen

6. Dem kanonischen Recht gemäß sind bei Besitzstörung oder Entsetzung die possessorischen Rechtsmittel zulässig und zwar sowohl gegenüber dem bisher Leistenden, als auch gegenüber dem Dritten, welcher die Leistungen für sich erhob oder zu erheben suchte. Doch sind die Fristen für die Anstellung der Besitzklage partikulär normirt[19]).

IV. Petitorische Rechtsmittel.

Entsprechend der Auffassung, daß die einzelne Leistung einfach obligatorischer Natur ist, das Recht im Ganzen dagegen unter den Regeln des Immobiliarsachenrechts steht, hat sich seit der Reception ein verschiedenes Verfahren entwickelt, je nachdem es sich um das Recht im Ganzen oder um eine einzelne Leistung handelt.

1. Um das Recht im Ganzen geltend zu machen, hat eine konstante Praxis analog die Servitutenklage als actio confessoria utilis angewandt[20]). Und zwar steht dem Berechtigten diese Klage sowohl gegen den Besitzer des pflichtigen Grundstücks als gegen einen Dritten zu, welcher sich das Recht gegenüber demselben Besitzer anmaßt[21]).

2. Wird eine einzelne Leistung gefordert, so wollte man in älterer Zeit auch sie mit der actio confessoria einklagen lassen,

---

Besitzer nicht weiter fortleistet, der Besitz nicht durch den Dritten, sondern durch den Pflichtigen verloren gehe.

[19]) Oestr. VO. v. 27. Okt. 1849: „binnen 30 Tagen von der erlangten Wissenschaft der Störung resp. Entsetzung"; baier. Entw. III. 53: in einem Jahr.

[20]) Duncker Reall. S. 108 ff., Unger I. S. 562 N. 20, Roth B. II. § 173 N. 5. — v. Gerber § 171 N. 2, 4 u. Abhh. S. 227 ff. nimmt auch in diesem Fall eine persönliche oder eine Präjudizialklage an, und ihm stimmt Friedlieb in den Jahrbb. III. S. 312 ff., Reall. S. 322 ff. bei. Daß es sich nicht um ein dingliches Recht handelt, ist auch nach unserer Ansicht richtig. Aber unbestreitbar hat sich die communis opinio und die Praxis für die Confessorienklage ausgesprochen. Auch entspricht dieselbe dem Wesen des Rechtsverhältnisses, insofern als das Urtheil in dem Prozeß definitiv die Verpflichtung des jedesmaligen Besitzers des Guts regelt. Bei Annahme einer Präjudizialklage sind falsche Folgerungen zu befürchten, wie z. B. Friedlieb (Jahrbb. S. 319 f., Reall. S. 328) schließt, daß das im Präjudizialstreit ergangene Judikat nur für die Universalsuccessoren, nicht für die Singularsuccessoren des Grundbesitzers von Bedeutung sei. So würde also, wenn der Bauer das Gut verkauft, der Berechtigte in die Nothwendigkeit versetzt werden können, die Klage, mit welcher er bereits eine Berechtigung erstritten hat, von neuem zu erheben.

[21]) Stellen aus dem kanon. Recht bei Bruns S. 214 ff.

indem man überhaupt nur eine Klage annahm[22]). Da es sich aber lediglich um eine von dem jetzigen Besitzer vorzunehmende Leistung, um die Erfüllung einer Obligation handelt, so ist nur eine einfach persönliche Klage zulässig[23]). Als eine actio in rem scripta[24]) darf man sie nur da erklären, wo es nach Partikularrecht feststeht, daß der Besitzer durch Dereliktion von der Verpflichtung für die Rückstände frei wird und der Nachfolger für diese Rückstände verhaftet ist. Denn, wo diese Sätze nicht gelten, entscheidet der Besitz zur Zeit der Fälligkeit der Leistung, nicht zur Zeit der Klaganstellung darüber, wer Schuldner ist.

3. Der Besitzer des als pflichtig in Anspruch genommenen Guts hat, um solche Ansprüche zurückzuweisen, nach feststehender Praxis die actio negatoria utilis[25]).

§ 103. Entstehung, Uebertragung und Aufhebung der Reallasten.

I. Entstehung. In alter Zeit entstanden Reallasten durch gesetzliche Normen, z. B. die Zehnten, durch den Willen der Herrschaft (der Grund-, Vogt- und Gerichtsherrschaft), dem die Untergebenen sich fügen mußten, durch Herkommen und durch Vertrag.

Auf Gesetz beruhen h. z. T. zahlreiche publizistische Reallasten; doch ist es nicht undenkbar, daß auch noch jetzt eine privatrechtliche Reallast durch Gesetz begründet wird[1]). — Die Unvordenklichkeit, soweit sie im modernen Recht überhaupt noch anerkannt ist (vgl. I.

---

[22]) Vgl. die Anführungen bei Duncker S. 108 ff.; unter den Neuern sind dafür Duncker S. 112 ff., 156 f., Renaud S. 81 ff., Gengler Lehrb. S. 306.

[23]) Eichhorn § 166, v. Wächter II. S. 314, v. Gerber § 171 N. 2, Roth B. II. § 173 N. 3, 4.

[24]) Dafür erklärt sie Eichhorn § 166 N. b.

[25]) Duncker S. 114 ff. — Auch hier will v. Gerber § 170 N. 8 u. Abhh. S. 236 nur eine Präjudizialklage annehmen, und Frieblieb Jahrbb. III. S. 321 ff., Reall. S. 334 f. stimmt ihm bei, mit der unrichtigen Folgerung, daß das betreffende Judikat gegen dritte Erwerber unwirksam sei.

[1]) Es wird dies gewöhnlich geleugnet, z. B. von v. Gerber § 170 N. 3. — Walter § 152 N. 1, der die Entstehung durch Gesetz für möglich erklärt, wählt ein unglückliches Beispiel: „gesetzliche Auferlegung von Frohndiensten zum Kirchenbau"; denn dies ist eine publizistische Last. — Man könnte aber z. B. den Fall sich denken, daß die durch die reformatorische Gesetzgebung der neueren

§ 69), kann nicht als Entstehungsgrund des Rechts, vielmehr nur als Motiv gelten, um seine rechtsgültige Begründung anzunehmen. — Mit dem Untergang der patrimonialen Gewalten können von ihnen keine Reallasten neu begründet werden. So kommt für die Gegenwart hauptsächlich der Vertrag und außerdem die Verjährung in Betracht.

1. Wenngleich im allgemeinen der Vertrag nur unter den Contrahenten und ihren Universalsuccessoren Rechte entstehen läßt, so konnte doch nach altem Recht, wenn die Intention der Parteien darauf gerichtet war, der Vertrag auch dingliche Wirksamkeit erhalten, so daß jeder Erwerber einer bestimmten Sache gewisse Verpflichtungen anerkennen mußte[2]). Dies galt auch für die Reallasten. Insbesondere mußte, wenn der Grundherr bei der hofrechtlichen Verleihung das Maß der Leistungen für den Bauern festgesetzt hatte, der folgende Erwerber des Grundstücks, auch wenn ihm nicht noch besonders dieselben bei dem Empfange des Guts bekannt gemacht waren, sie doch in demselben Umfange abführen[3]). Indessen bediente man sich im Gebiet des Stadtrechts und auch des Landrechts regelmäßig der Auflassung oder der Erklärung vor Gericht, um der Reallast die dingliche Wirksamkeit und die höchste Publicität zu ertheilen[4]). An deren Stelle trat später die richterliche Confirmation, und dann die Eintragung in das Grundbuch.

Da in unserm heutigen Recht in unbedingterer Weise, als in alter Zeit das Prinzip gilt, daß Verträge nur für die Contrahenten und ihre Erben obligatorische Wirkungen erzeugen, kann gegenwärtig eine Reallast nicht durch einfachen Vertrag begründet werden. Für die entgegengesetzte Annahme darf man sich nicht darauf berufen, daß nach einzelnen Rechten dingliche Rechte (Pfandrecht, Servituten) durch Vertrag begründet werden können; denn die Reallast ist kein dingliches Recht, insbesondere keine Servitut, und die Grundsätze

---

Zeit aufgehobenen Jagdfrohnden in einem Staat zur Zeit der Reaktion durch Gesetz neu eingeführt würden.

[2]) Vgl. III. § 175. I.

[3]) Die gewöhnliche Behauptung, daß Reallasten aufgelassen werden mußten, läßt sich in dieser Allgemeinheit nicht aufrecht erhalten; vgl. Roth B. II. § 170 N. 6.

[4]) Beispiele für die Auflassung bei Duncker Zeitschr. f. d. R. XI. S. 469 f.

über dingliche Rechte dürfen auf sie nur soweit übertragen werden, als Gesetz oder feste Praxis dazu berechtigt[5]).

Dagegen kann eine Reallast durch Eintragung im Grundbuch oder durch richterliche Confirmation dingliche Wirksamkeit erlangen (Band I. § 66 zu N. 13). Durch die richterliche auf Staatsautorität gestützte Bestätigung oder vom Richter angeordnete Eintragung im Grundbuch erlangt das Recht auch über den Kreis der zunächst betheiligten Personen hinaus Wirksamkeit. Was der Richter für gemein verbindlich erklärt hat, genießt der Wirkungen der Notorietät, und was im Grundbuch steht, hat unbedingte Geltung für denjenigen, welcher Rechte mit Bezug auf dies Grundstück besitzt oder erwirbt[6]).

---

[5]) Ueber die Frage, ob der Vertrag ausreiche oder die Eintragung ins Grundbuch zu fordern sei, besonders Duncker Zeitschr. f. d. R. XI. S. 450—491; S. 452 ff. giebt er eine ausführliche Dogmengeschichte, nach welcher bis zum Anfang dieses Jahrhunderts wegen der Servitutentheorie gewöhnlich die Möglichkeit der vertragsmäßigen Begründung behauptet wurde. Aber auch jetzt nehmen dieselbe noch Viele an, welche die Analogie der Servituten verwerfen; vgl. die Nachweisungen bei Friedlieb Reall. S. 250 ff., über die ältere sächsische Literatur Müller S. 41 ff., 89 ff., 92 ff. — Albrecht in d. krit. Jahrbb. S. 322 ff. ist auch dieser Ansicht, weil im modernen Recht die Auflassung in den einfachen Vertrag übergegangen sei. Ich halte dies nicht für richtig; für den Rentenkauf, die seit Reception des Römischen Rechts wesentlichste Art der Reallasten, läßt sich erweisen, daß an Stelle der Auflassung nicht der einfache Vertrag, sondern der vom Richter der belegenen Sache konfirmirte Vertrag trat, Duncker S. 479 ff. — Eichhorn § 163. II. III. β, § 164, Maurenbrecher § 323 no. 2., Walter § 152. II. erklären sich für die Entstehung durch Vertrag, Beseler § 190 I. d in dem Falle, daß der Obereigenthümer bei der Verleihung eines Bauerguts eine Reallast sich ausbedinge. — Friedlieb S. 224 ff., 243 ff., der gleichfalls für jene Ansicht ist, sucht die gesetzlichen Bestimmungen gewaltsam dahin zu interpretiren, daß sie die Intabulation nicht zur Entstehung des Rechts forderu, sondern um dem Berechtigten im Fall des Zwangsverkaufs die Priorität zu erhalten. — Roth B. § 169 N. 24 ff., § 170 N. 11 ff., § 185 N. 4 vertheidigt die vertragsmäßige Entstehung für das baierische Recht; und in der That ergiebt sich aus § 7 des Einf. Ges. z. baier. Hyp. Gesetz v. 1822, daß § 22. no. 5 des Hyp. Gesetzes, wonach Reallasten in das Hyp. B. „eingetragen werden müssen", nur die Bedeutung hat, daß im Falle ihrer Nicht-Eintragung sie lediglich den nach ihnen entstandenen, aber eingetragenen Hypotheken nachstehen, im übrigen aber ihre dingliche Wirksamkeit nicht beinträchtigt ist.

[6]) Duncker S. 481 ff., v. Gerber § 170 N. 5, Beseler § 190. I. d, Bluntschli § 91. 2. — Die Wormser Ref. V. 1. 1. fol. 97ᵃ verlangt schriftliche Errichtung und obrigkeitliche Besiegelung des Vertrags, die Frankf. Ref. II. 3.

2. Durch letztwillige Verfügung wird nur der Erbe oder Legatar zur Abführung der Last verpflichtet; zur dinglichen Wirksamkeit, um Reallast zu werden, bedarf es gleichfalls der richterlichen Bestätigung oder Eintragung[7]).

3. Verjährung. Das deutsche Recht kannte keine Acquisitivverjährung; da es aber eine Gewere an der Reallast annahm und das Röm. Recht die erwerbende Verjährung auf Servituten ausgedehnt hatte, so ließ die Praxis seit der Reception des Röm. Rechts[8]) auch durch fortgesetzte Ausübung Reallasten, welche in regelmäßigen Zeitabschnitten zu leisten sind, entstehen, und es bestand wesentlich nur darüber Streit, ob sie in 10 resp. 20 Jahren wie Servituten erworben würden oder ob es der außerordentlichen Verjährung von 30 resp. 40 Jahren bedürfe[9]). Dabei wird aber vorausgesetzt, daß

---

§ 21 Aufgabe in der Kanzlei. Nach dem sächs. Gesetz v. 1843 ist Vertrag nur ein Titel zum Eintrag (Haubold § 162 N. a, Müller S. 42 ff.), Sächs. GB. § 506, 517, Zür. GB. § 756, 757. — Schwarzb. Sondersh. G. v. 18. Sept. 1876 § 2: „Reallasten, welche nicht zu den . . . als ablösbar bezeichneten gehören, können durch Vertrag oder letzten Willen neu begründet, wie auch durch richterliche Entscheidung, nicht aber durch Verjährung erworben werden. Zur Entstehung des Rechts ist jedoch die Eintragung in das Grund- oder Hypothekenbuch oder (wo ein solches nicht vorhanden), die gerichtliche Verlautbarung erforderlich". — Andere Nachweisungen bei Friedlieb S. 243 ff.

Renaud S. 104 ff. verwirft die Entstehung der Reallasten selbst durch Vermittlung der Ingrossation, weil wir nicht mehr den von ihm angenommenen Begriff der Gewere besäßen. Seine Deduktion fällt mit der Unhaltbarkeit seines Begriffs von der Gewere.

[7]) Sächs. GB. § 506, Friedlieb S. 256 f.

[8]) Theilweise schon vorher; z. B. Meichelb. I. no. 1348 (in der zweiten Hälfte des 12. Jahrh.) wird bei einer Zehntstreitigkeit dreißigjähriger Besitz erwiesen.

[9]) Für die 30jähr. Verjährung: Wormser Ref. V. 2. t. 2. fol. CVII (mit Bezug auf den canon des Emphyteuta), Churtrierer Lbr. XXI. § 6, Baier. Ablös.-Ges. v. 1848. § 4, älteres sächs. Recht (31 J. 6 W. 3 T., Haubold § 470 N. b). — Praxis von Baiern (Roth II. § 170 N. 20, Seuffert VI. no. 232, XV. no. 40, XVII. no. 84), Kassel (Pfeiffer Pr. Ausf. VII. S. 259 ff., Seuffert VI no. 232), Celle (Seuffert XI. no. 168, Grefe § 86 N. b), Wolfenb. (Seuffert XVII. no. 83), Lübeck (IX. no. 201). — Eichhorn § 163, 164. — Dasselbe Resultat sucht Duncker Reall. S. 144 ff., welchem sich Renaud S. 110 und Walter § 152 IV anschließen, auf indirektem Wege zu erreichen: wer 30 Jahre geleistet hätte, habe durch Klagverjährung die actio negatoria verloren und könne von dem Andern durch possessorische Rechtsmittel in Anspruch

die Uebung nicht vereinzelt geblieben, sondern häufig und regelmäßig erfolgt ist[10]), und vielfach anerkannt, daß solche Reallasten, für welche nur in größeren Intervallen, möglicherweise in solchen, welche die ganze Verjährungszeit umfassen (z. B. Laudemien), eine Gelegenheit zu ihrer Ausübung eintritt, nicht in der gewöhnlichen Verjährungszeit erworben, sondern nur auf Grund der Unvordenklichkeit gefordert werden können[11]).

Wo es aber an derartigen gesetzlichen Vorschriften oder an einem Gewohnheitsrecht darüber fehlt, kann h. z. T. der Erwerb der Reallast nur auf Unvordenklichkeit gestützt werden[12]), so weit nicht

---

genommen werden, gegen welche ihm dann kein petitorisches Rechtsmittel helfe. Mit Recht bemerkt dagegen Friedlieb S. 337 f., daß diese Auskunft oft versagen werde, nämlich wenn der Quasibesitz verloren und das possessorische Rechtsmittel verjährt wäre.

Die Servitutenverjährung oder die ordentliche Verjährung im Fall eines Titels und die außerordentliche in Ermangelung eines Titels hat Preuß. Ldr. II. 7. § 144, II. 11. § 861 vgl. mit I. 9. § 620, 625, das Oestr. (Unger I. S. 562 N. 29, Randa S. 542), das Württ. R. (Reyscher I. § 156 N. 15 ff.), vgl. auch Lütticher Gew. R. (Warnkönig) art. 17, 67, 166, 167. — Praxis von Darmstadt und Lübeck (Seuffert III. no. 192, IX. no. 201). — Aeltere Schriftsteller für diese Ansicht bei Duncker S. 139 f.; v. Savigny IV. S. 504, 513 für die auf privatrechtlichem Fundament beruhenden.

[10]) Das Pr. Ldr. I. 9. § 596 ff. sagt allgemein über die Ersitzung von Rechten, daß ein Recht, welches gewöhnlich ausgeübt werden kann, jährlich mindestens einmal geübt sein soll und daß ein Jahr, in welchem keine Ausübung stattfand, in die Verjährungszeit nicht einzurechnen ist.

[11]) Z. B. Seuffert XV. S. 56 N. 2, XVII. no. 84, XXXIII. no. 199, Baier. Praxis bei Roth B. II. § 170 N. 21. — Nach der ältern sächs. Praxis reicht es hin, wenn in der sächs. Frist von 31 Jahr 6 W. 3 T. mindestens drei Mal das Laudemium erhoben ist, Emminghaus S. 510. III, VIII. S. 820. no. 2, Merkel Quinquagesima und Lehnware. 1847. S. 29 ff.; vgl. auch Frankenhauser Statuten II. 52 (Walch I. S. 291); — nach Oestr. GB. § 1471, wenn das Recht in 30 Jahren drei Mal, — nach dem Preuß. Ldr. I. 9. § 649 bis 651, wenn es innerhalb 40 Jahren in allen möglichen Fällen und zwar mindestens 3 Mal ausgeübt worden ist.

[12]) Praxis von Heidelberg (Seuffert XII. no. 290), Celle (XV. no. 40), Halle (Emminghaus S. 214. no. 19), Nassau (Flach Entsch. II. S. 69 ff.). — Aeltere Autoren für diese Ansicht bei Duncker S. 140; unter den Neueren Unterholzner Verjährung II. § 254. S. 287 f., v. Gerber § 170 N. 8, Gengler Lehrb. S. 303, Beseler § 190. I. c., Friedlieb Jahrb. III. S. 332 f., Reall. S. 257 f., 337 f. — v. Savigny Syst. IV. S. 504, 513 f.

auch dieser Entstehungsgrund von Rechten im Partikularrecht ausgeschlossen ist[13]). So kann denn nach einzelnen Partikularrechten eine Reallast gar nicht durch Verjährung, sondern nur durch Eintrag im Grundbuch entstehen[14]).

II. Uebertragung. Falls nicht die Reallastberechtigung an eine bestimmte Person gebunden (z. B. bei der Leibzucht) oder ihre Uebertragbarkeit beschränkt ist (z. B. wenn sie den Charakter eines Realrechts an sich trägt und daher nur mit dem Grundstück auf eine andere Person übergeht), darf sie auf dritte Personen durch Rechtsgeschäft übertragen werden, zu vollem Recht (zu Eigenthum), zu Lehn, Pfandrecht, Leibzucht u. s. w. Sie kann übergehen durch Umschreibung im Hypothekenbuch, aber auch durch einfachen Vertrag, durch Cession[15]). Es liegt darin keine Inkonsequenz gegenüber unserm Satz, daß zu ihrer Entstehung der einfache Vertrag nicht hinreicht; denn bei der Entstehung handelte es sich darum die dingliche Wirksamkeit gegenüber dem dritten Erwerber des Grundstücks herzustellen. Ist diese, ist der exceptionelle Charakter der Obligation auf ihrer passiven Seite einmal erreicht, so ist die vertragsmäßige Uebertragung der aktiven Seite unbedenklich[16]).

Auch wo die Last im Hypothekenbuch eingetragen ist, genügt die vertragsmäßige Uebertragung; doch sichert die grundbuchmäßige Umschreibung den neuen Erwerber dagegen, daß nicht etwa der bisher Berechtigte sein Recht noch einmal veräußert und den zweiten Erwerber im Grundbuch eintragen läßt, wodurch zufolge des Publicitätsprincips das Recht des bloßen Cessionars zerstört werden würde.

---

und Friedländer unvordenkl. Zeit II. S. 54 f. wollen sie nur bei publizistischen Reallasten zulassen, vgl. über diese Frage oben I. § 69 N. 23—25.

[13]) Vgl. oben I. § 69 N. 10.

[14]) Während nach dem sächs. Gesetz v. 1843 (Haubold § 172 N. a) die Verjährung wenigstens einen Titel für den Eintrag gewährte, bilden ihn nach dem sächs. GB. § 506 (vgl. auch § 512) nur „Vertrag, letzter Wille und richterliche Entscheidung", Müller S. 49 f.

[15]) Wo der Besitzer einer Urkunde (Rentenbrief) der Gläubiger sein soll, ist die Uebergabe der Urkunde erforderlich, vgl. Stobbe in Goldschmidt's Zeitschr. XI. S. 401 f. und unten § 104 N. 18.

[16]) Duncker S. 162 f., Renaud S. 119, Roth B. II. § 171 N. 3, welche die Reallast für ein dingliches Recht erklären, fordern die zur Uebertragung dinglicher Rechte erforderlichen Formen.

Durch translative Verjährung kann das Recht nicht übergehen: durch Leistung an den Nicht-Berechtigten und Unterlassung der Leistung an den Berechtigten würde, soweit Reallasten durch Verjährung entstehen können, innerhalb der Verjährungszeit eine neue Reallast entstehen und die alte erlöschen, aber kein Uebergang desselben Rechts von dem Einen auf den Andern erfolgen[17]). Nur in Betreff des Zehnten besteht eine abweichende gemeinrechtliche Bestimmung[18]), welche darin ihren Grund hat, daß der Zehnte nur an eine Kirche zu leisten ist, so daß, wer den Zehnten durch Verjährung erwirbt, zugleich den bisher Berechtigten desselben beraubt[19]).

III. Umwandlung. Wird der Inhalt der Reallast geändert, soll statt des Naturalzehnten eine feste Abgabe, statt der Dienste Geld, sollen statt der ungemessenen Dienste gemessene geleistet werden, so kommen, wenn auch der neue Inhalt als Surrogat an Stelle des alten tritt[20]), doch die Regeln über die Entstehung der Reallasten zur Anwendung: die alte Last erlischt und es entsteht eine neue.

Die Umwandlung kann erfolgen 1) durch Gesetz, 2) durch Vertrag. Derselbe wirkt aber nur für die Contrahenten selbst und ihre Erben und bedarf, um auch für dritte Erwerber wirksam zu sein, der gerichtlichen Confirmation resp. der Ingrossation[21]).

3) In Betreff der Verjährung herrscht Streit. Wo dieselbe für die Entstehung einer Reallast ausreicht, ist für die Verwandlung jedenfalls eine qualifizirte Verjährung zu fordern: in dem bloßen Leisten eines aliud und der Annahme desselben von der andern Seite liegt nur ein vertragsmäßiges Einverständniß für den einzelnen Fall; nur wenn trotz des Widerspruchs des Berechtigten die Verjährungszeit hindurch eine andere Leistung stattgefunden hat, darf

---

17) Unterholzner-Schirmer Verjährung II. S. 230 N. *, Roth B. § 171 N. 33. — Anderer Ansicht Bruns S. 219.

18) c. 1 in VI^to II. 13.

19) Duncker S. 165 f., Renaud S. 119 f.

20) Duncker S. 159 f., Renaud S. 113 ff. und Andere sprechen von einer Umwandlung im Gegensatz der Neubildung. Mit dem Surrogatbegriff operirt unrichtig Friedlieb Reall. S. 343 N. 3.

21) v. Gerber § 170 N. 9.

auf die ursprüngliche Leistung nicht mehr zurückgegriffen werden[22]). Wo es aber an derartigen Bestimmungen fehlt, kann trotz Ablaufs der Verjährungszeit auf die ursprüngliche Leistung zurückgegangen werden und wird nur durch Unvordenklichkeit die Umwandlung bewirkt[23]).

IV. Bei Theilung des pflichtigen Guts unter mehrere Personen ruhte schon nach altem Recht die Last noch weiter auf dem ganzen Gut. Die Besitzer der Theile haften dem Herrn solidarisch zur gesammten Hand; bei theilbaren Leistungen wird keiner durch Leistung seiner Rate eher frei, als bis dem Herrn die ganze Last zu Theil geworden ist. Der Berechtigte konnte fordern, daß ihm die Verpflichteten einen Hauptmann, einen Träger bestellen, an welchen er sich wegen der ganzen Präſtation hält; besonders war dies für untheilbare Lasten, wie Frohnden der Fall[24]). Auch für das heutige Recht ist in dubio die solidarische Verpflichtung anzunehmen. Mehrere Gesetze bestimmen ausdrücklich, daß, wenn die Last theilbar ist,[25])

---

[22]) Das Preuß. Ldr. I. 18. § 753 sagt im allgemeinen, daß auf die ursprüngliche Leistung zurückgegangen werden könne, „wenngleich seit vielen Jahren die Berichtigung des Zinses in einer andern Art wäre geleistet und angenommen worden". Doch läßt eine qualifizirte Verjährung zu II. 7. § 428 ff. für die Verwandlung der Dienste in Dienstgeld, und II. 11. § 923, 924 in Betreff der Zehnten. — Für die qualifizirte Verjährung sprechen sich auch aus: Pufendorf II. no. 224, Bülow und Hagemann III. no. 34 (unentschiedener I. no. 39), Steinacker S. 499 N. 2, Pfeiffer Meierrecht S. 164, vgl. auch 166.

Die einfache Verjährung von 31 Jahren 6 W. 3 T. reicht nach Const. Sax. II. 8 hin, wenn in schlechterer Qualität und nach II. 4, wenn statt der Dienste Dienstgeld geleistet ist; über diese Gesetze Emminghaus S. 822. no. 8 u. 9. — Vgl. auch Jülich-Berg. Landr. c. 107 (Maurenbrecher I. S. 299) und die Urk. v. J. 1453 in Schröder's Urkunden (2. Aufl.) no. 302.

[23]) Mit Abweichungen im Detail Strube Bed. II. no. 44, III. no. 64, Duncker S. 159 ff., Gengler Lehrb. S. 304, Renaud S. 116 f., Friedlieb S. 343. — Einzelne nehmen an, daß Naturaldienste gefordert werden dürfen, wenn auch seit unvordenklicher Zeit statt ihrer Dienstgelder bezahlt waren; vgl. darüber Strube Bed. IV. no. 17, Pufendorf I. no. 224, II. no. 71; so auch nach hannov. R. Grefe I. S. 342.

[24]) Thudichum Gauverfassung S. 191 f., Renaud S. 92, Stobbe in d. Ztschr. f. RG. IV. S. 247, 248, Gierke Genossenschaftsrecht I. S. 166 N. 23, II. S. 89 N. 33, S. 204 f., 953 N. 42—44; vgl. auch Grimm Weisth. I. S. 723, 751, III. 737. § 28.

[25]) Untheilbare Lasten haften weiter auf allen Theilen des pflichtigen

eine ratenweise Theilung derselben nur eintritt, falls der Berechtigte in die Theilung des Guts und der Last eingewilligt hat[26]). Nach einzelnen Gesetzen aber wird die Last auch ohne Genehmigung des Berechtigten auf die einzelnen Parzellen vertheilt[27]).

Soll unter völliger Befreiung eines Theils die Last auf dem Hauptgut bleiben, so bedarf es dazu der Einwilligung des Berechtigten; steht wegen Geringfügigkeit der Last oder der abgetrennten Parzelle für den Berechtigten kein Nachtheil zu erwarten, so kann diese Einwilligung durch die Obrigkeit ergänzt werden[28]).

V. Aufhebung der Reallasten.

Die Reallast erlischt nicht dadurch, daß das pflichtige Gut in Folge von Dereliktion oder wegen Aussterbens der besitzenden Familie keinen Besitzer hat, oder vorübergehend sich im Besitz des Berechtigten befindet (kein Untergang durch Confusion); es ruht dann vielmehr nur zeitweise die Möglichkeit sie auszuüben. Da der Einzelne nicht als Nachfolger des früheren Besitzers, sondern wegen

---

Guts, z. B. Seuffert XXII. no. 111 in Betreff der Pflicht Faselvieh zu unterhalten; vgl. auch XXVI. no. 48 in Betreff der Auszugsberechtigung.

[26]) Pr. Ldr. I. 18. § 755, 756, Preuß. Ablös. Ges. v. 2. März 1850. § 93. — Baden'sches Ldr. 710[ff]. — Meckl. Stadtb. O. 1857. § 10. — Zürich. GB. § 762 ff. — Baier. Entw. III. art. 345. — Reyscher I. § 267 N. 10. — Renaud S. 91 ff., Frieblieb S. 339 f., Mittermaier I. § 174 no. 8, 9. Hänsel die Lehre von dem Auszug 1834. S. 142 ff., v. Gerber Abhh. S. 235 N. und das Kasseler Erk. bei Seuffert I. no. 79 vertheidigen aus romanist. Gründen die antheilweise Verpflichtung. Dabei nimmt v. Gerber an, daß die Mehreren zu gleichen Theilen verpflichtet sind, „weil zwischen dem materiellen Inhalt der Reallast und dem Kapitalwerth der beschwerten Sache kein Zusammenhang besteht". Privatr. § 172 N. 3. steht er von allen gemeinrechtlichen Bestimmungen ab und will die Frage lediglich mit Bezug auf den einzelnen Fall beurtheilt wissen.

[27]) Sächs. GB. § 513, Müller S. 31 ff.; doch bleibt das Hauptgut wegen des auf die Parzelle gelegten Theils der Last noch in subsidium verhaftet, Müller S. 36. — Nach dem Gotha'schen Gesetz v. 14. März 1873. § 3 wird die Reallast auf die einzelnen Stücke durch das Gericht vertheilt, falls sich die Betheiligten nicht zu einem andern Modus verstehen. — Ueber die schweizerischen Bestimmungen v. Wyß Referat über die schweizer. Hypothekenrechte 1874. S. 69 f.

[28]) Sächs. GB. § 514, F. C. Arnold prakt. Erört. S. 575 f., Dernburg I. § 244 N. 12. — So auch nach zahlreichen Partikularrechten, vgl. unten im Hypothekenrecht § 112. I. 3. — Die Sächs. Decision v. 1746. no. 17 bestimmte, daß die Verabredungen unter den Contrahenten selbst unverbindlich seien.

seines eigenen Besitzes verpflichtet ist und überhaupt die Verpflichtung nicht für bestimmte individuelle Personen besteht, so kann die Reallast wieder geltend gemacht werden, sobald dem Berechtigten ein Besitzer gegenüber steht[29]).

Insbesondere tritt durch Dereliktion oder Confusion keine Aufhebung ein, wenn die Last im Hypothekenbuch eingetragen ist und nicht gelöscht wird[29a]). Ebenso wenig erlischt sie, wenn das Motiv ihrer Entstehung fortgefallen ist, z. B. die Vogtei des Berechtigten, die Zugehörigkeit des Guts zu dem kirchlichen Verbande des zehntberechtigten Instituts u. s. w. Sie geht auch nicht durch Subhastation des Guts unter; während die Hypotheken erlöschen, gehen die Reallasten auf den Ersteher über[30]). Im Fall des Confurses erschienen die während desselben fällig werdenden Prästationen partikularrechtlich früher als Masseschulden[31]). Nach der Reichskonkurs-

---

[29]) Duncker S. 149, Gerber § 172 u. A. erklären die Consolidation für einen Erlöschungsgrund; es bleibt dabei unberücksichtigt, daß dann wegen temporären Heimfalls an den Gutsherrn viele Reallasten längst untergegangen sein müßten. — Renaud berührt die Frage gar nicht, Friedlieb S. 348 geht über sie leicht hinweg; von der Dereliktion spricht er S. 344.

Als Bestätigung für meine Ansicht kann ich mich nicht auf das Baden'sche Lbr. 710[ab] berufen, wonach die Zehntberechtigung nur ruht, wenn sich das Grundstück in den Händen des Zehntherrn befindet. Denn der Zehnte ist eine gesetzliche Reallast. — Nach der Frankf. Ref. II. 7. § 10 und nach dem Münch Stdtr. (Auer S. CLXXXIX) ist es möglich, daß der Eigenthümer eines ideellen Theils eine Rentenberechtigung gegenüber seinen Miteigenthümern mit Bezug auf deren ideelle Theile hat.

[29a]) Sächs. GB. § 508 bezeichnet als einen Rechtsgrund zur Löschung: „Vereinigung des Eigenthums an dem belasteten Grundstück mit der Berechtigung."

[30]) Pr. Lbr. I. 11. § 342. — Runde Leibz. S. 447 f., v. Wächter Erört. I. S. 128, Unger I. S. 561 N. 25, Friedlieb S. 248, v. Meibom Jahrb. IV. S. 506, Schmidt I. S. 305 f., Roth B. § 171 N. 4. — Positive Modifikationen des Prinzips im Sächs. GB. § 519. — Nicht eingetragene Reallasten gehen nach Partikularrechten bei der Subhastation verloren, wenn durch ihren Fortbestand die Auszahlung der eingetragenen Hypotheken gefährdet würde, z. B. Roth B. § 169 N. 26. Vgl. auch unten § 114 N. 24 ff.

[31]) Runde Leibz. S. 449 f., Unger I. S. 564, v. Meibom S. 505 N. 126, Reyscher II. § 521. — Die Rückstände können aber ebenso wie die Zinsrückstände von Hypotheken nach den Partikularrechten regelmäßig nur für die letzten 2 oder 3 Jahre geltend gemacht werden, z. B. Sächs. GB. § 417.

ordnung gehören sie nicht zu den Masseschulden (§ 50 ff.); doch kann nach den Bestimmungen des § 39 für sie eine abgesonderte Befriedigung eintreten.

Dagegen erlischt die Reallast:

1. durch Untergang des pflichtigen Grundstücks[32]); ist es nur theilweise untergegangen, so wird die Last darum nicht ratenweise verringert[33]);

2. durch Ablauf der Zeit oder mit dem Tode des Berechtigten, wenn sie nur für eine bestimmte Zeit oder für das Leben bestimmter Personen (Altentheil) bestellt war[33a]);

3. durch Urtheil[34]); wo das Ingrossationsprincip besteht, ist das Urtheil nur ein Titel zur Löschung[34a]);

4. durch Vertrag[35]). Wo die Reallast im Grundbuch eingetragen ist, wirkt er nur zwischen den Contrahenten und ihren Erben; damit auch der dritte Erwerber frei werde, bedarf es der Löschung. Gleiches gilt für testamentarische Verfügungen des Berechtigten[35a]);

5. durch Verjährung. a) In wie weit durch sie das Recht selbst oder nur die Klage auf Anerkennung des Rechts und auf die einzelnen Leistungen erlösche und ob das Unterbleiben der Leistung an sich diese Folge habe oder ob der Pflichtige trotz Aufforderung nicht geleistet oder seine Verpflichtung geleugnet haben müsse, ist eine viel bestrittene Frage[36]). Während nur Wenige nach Analogie der Servituten das Recht in 10 resp. 20 Jahren durch non usus erlöschen lassen, ist die best vertretene Ansicht die, daß das Recht in

---

32) Nicht beim Abbrennen des Gebäudes; vgl. unten beim Rentenkauf § 104 N. 25 ff.

33) Friedlieb S. 346 ff.

33a) Müller S. 52 ff.

34) v. Gerber § 172 N. 2. — Irrig Friedlieb, vgl. oben § 102 N. 20 u. 25.

34a) So z. B. nach dem Sächs. GB. § 508.

35) Früher bediente man sich öfter der Auflassung, indem der Berechtigte sein Recht dem Pflichtigen zurückübertrug, z. B. Seibertz II no. 701 v. J. 1346: effestucando resignavimus. — Irrig Rösler Verwaltungsrecht I. § 150 N. 4, daß die Grundentlastung nicht durch den freien Privatwillen der Betheiligten, sondern nur durch die Organe der Rechtsbildung ausgeführt werden könne.

35a) Sächs. GB. § 508.

36) Ueber ältere Ansichten Duncker S. 151 ff.

30 oder, falls es sich um die Kirche handelt, in 40 Jahren auf Grund der Klagverjährung erlösche, wenn der Berechtigte innerhalb dieser Zeit nach dem ersten Unterbleiben der Leistung, während in dieser Zeit auch keine weiteren Leistungen erfolgten, keine Klage erhob[37]). Besondere Bestimmungen gelten, wenn es sich um seltener auszuübende Rechte handelt[38]). Doch kann das Recht im Ganzen

---

[37]) Diese Ansicht ist in der Praxis freilich selten (z. B. Magdeb. Sch. U. bei Stobbe Beiträge S. 123 N. 48, München Seuffert III. no. 3), aber vielfach in den Gesetzen und in der Literatur vertreten.

Frankf. Ref. II. 7. § 16, Kurköln. Ldr. XVI (Maurenbrecher I. S. 461), Trierer Landr. XXI. § 5, ältere sächs. Bestimmungen wegen der Dienstpflicht (Haubold § 470 N. c, vgl. auch § 276. Zus. 4 u. § 480[b] N. a), Basler Ges. über die Verjährung v. 1521 (Rechtsquellen v. Basel I. no. 264. S. 355 ff.), Preuß. Ldr. I. 9. § 509, auch § 656—659, II. 11. § 870, 871, Baden'sches Ldr. art. 710[ab], 710[cc], Oestr. GB. § 1480 (Unger I. S. 565 N. 40, 41, II. S. 413 N. 9[a]).

Eichhorn § 167, Duncker S. 156 ff., v. Gerber § 172 N. 5, 6, Walter § 153. III, Grefe II. S. 336.

Frieblieb S. 331 ff., 349 behauptet, daß nur die Klage, aber nicht das Recht verjährt sei, daß dieses als obligatio naturalis zurückbleibe und durch Compensation geltend zu machen sei. Vgl. über diese Frage unten III. § 166 N. 7 ff.

Die qualifizirte Verjährung mit usucapio libertatis fordern: Hagemann Landwirthschaftsrecht S. 483, Spangenberg Erörter. I. no. 34, Runde § 502, Maurenbrecher § 324, Beseler § 190 N. 11, Bluntschli § 92. 5, Renaud S. 125 f., Pfeiffer Meierr. S. 98 ff. (mit Bezug auf Laudemien), Reyscher § 257. 5 (Klagverjährung der a. confessoria in 30 Jahren außerdem usucapio libertatis in 10 resp. 30 Jahren). — Züricher GB. § 771. — Sächs. Praxis z. B. Emminghaus S. 821. no. 4, 826. no. 15, 16, 829. no. 35, 835. no. 1—3, 5—7, abweichend Emminghaus S. 831. no. 34. — Praxis von München (Seuffert II. no. 13, III. no. 138, Roth B. II. § 172. N. 9), Stuttg. (Seuffert I. no. 185), Wiesbaden (IX. no. 323), Celle (IX. no. 117, XXX. no. 255), Wolfenbüttel (XVII. no. 83, XXXIII. no. 242 [?]), Darmstadt (XX. no. 154), Lübeck (XXXII. no. 330. S. 435 ff.); vgl. auch die Nachweisungen bei Windscheid § 107 N. 8.

Noch andere wollen auch nicht durch Vermittlung der Klagverjährung, sondern nur durch unvordenkliche Verjährung die Reallast erlöschen lassen, Unterholzner-Schirmer II. S. 227 N. 675, Seuffert XXVII. no. 244 (O. A. Ger. zu Berlin).

[38]) Oestr. GB. § 1484: wenn während 30 Jahren drei Gelegenheiten zur Ausübung eintraten und von ihnen kein Gebrauch gemacht wurde; älteres sächs. Recht vgl. die Citate darüber im Anfang der N. 37.

überhaupt nicht durch Verjährung erlöschen, wenn es im Grundbuch eingetragen ist[39]).

b) Für jede einzelne rückständige Leistung läuft eine besondere Verjährung; ist aber das Recht im Ganzen durch Verjährung untergegangen, so können auch nicht mehr einzelne Rückstände gefordert werden[40]).

6. Endlich sind die Reallasten, besonders in neuerer Zeit durch die Gesetzgebung aufgehoben oder für ablösbar erklärt worden[41]).

Von den einzelnen Reallasten behandele ich im folgenden nur den Rentenkauf und die Zehnten, und verweise für die übrigen auf die Lehre von den Bauergütern (unten § 136). Nur für Renten und Zehnten haben sich feste Rechtsgrundsätze entwickelt, während die übrigen, bäuerlichen Reallasten in höchst partikulärer Bildung in den einzelnen Höfen und Gerichtsbezirken normirt sind. Ueberdies haben die bäuerlichen Lasten großentheils ihre praktische Bedeutung durch die neuere Gesetzgebnng verloren, so daß eine kurze Besprechung derselben hinreicht.

§ 104. Renten[1]). — Pfandbriefe.

1. Renten, Gülten nennen wir die durch ein privatrechtliches, hierauf allein gerichtetes Rechtsgeschäft als Reallast auf ein Grund-

---

[39]) Preuß. Lbr. I. 9. § 511, Handold § 292^b N. g vgl. mit § 276 N. k, Sächs. GB. § 151, Müller S. 59 f.

[40]) c. 26. pr. C. IV. 32. — Sächs. GB. § 160. — Windscheid § 107 N. 8. — Anders Dresdener Entw. des Obl. Rechts, art. 419: „Ebenso bleibt bei selbständigen wiederkehrenden Leistungen, welche nicht von einer Hauptforderung abhängen, auch wenn das Recht im Ganzen verjährt ist, der Anspruch auf die bis dahin verfallenen rückständigen Leistungen, soweit nicht die für dieselben geltende besondere Verjährung vollendet ist, bestehen." — Renaud S. 98 folgert aus der von ihm behaupteten Einheitlichkeit der Klage auf Anerkennung des Rechts im Ganzen und auf Abführung der einzelnen Leistung, daß so lange das Recht im Ganzen nicht aufgehoben ist, auch der Anspruch auf keinen einzigen Rückstand verjähre. Danach könnte man also auch noch nach Jahrhunderten eine in uralter Zeit unterbliebene Leistung einfordern.

[41]) Da die Ablösungsgesetze sich wesentlich auf den bäuerlichen Grundbesitz beziehen, werden sie erst unten in der Lehre von den Bauergütern (§ 136. IV.) aufgeführt und besprochen werden.

[1]) Albrecht Gewere. 1828. S. 157—188 (vgl. auch seine § 100 N. 1

stück gelegten Verpflichtungen zu jährlicher Zahlung einer fest bestimmten Geldsumme (oder zur jährlichen Leistung eines bestimmten Quantums von sonstigen Fungibilien, besonders Getreide)[1a]). Während auf dem Lande der Grundbesitz aus sehr verschiedenen Gründen mit Reallasten belegt war und auch in den Städten bei erblicher Verleihung von Häusern der Erbzinsmann die Verpflichtung zu einer jährlichen Zinszahlung übernahm, kommt seit dem Ende des 12. Jahrhunderts in vielen Städten Norddeutschlands und Süddeutschlands ein neues Rechtsgeschäft auf, wodurch der Eigenthümer eines Hauses, gegen Zahlung eines Kapitals oder ohne solche, die jährliche Leistung einer fest bestimmten Summe an einen Dritten mit der Wirkung auf sein Haus übernimmt, daß der jedesmalige Eigenthümer desselben die Rente abzuführen hat. Es nahm dies Rechtsgeschäft im

---

angeführte Rezension). — Donandt Versuch einer Gesch. des Brem. Stadtrechts. II. Bremen 1830. S. 309—340. — Duncker Reall. S. 43 ff., 69—90, 184—187. — Auer das Stadtrecht v. München. 1840. S. CXXIX—CCXI. — Stobbe in d. Ztschr. f. d. R. XIX. 1859. S. 178—217. — v. Wyß die Gült und der Schuldbrief, in d. Ztschr. f. schweizer. Recht IX. 1861. S. 3—67. — Arnold zur Geschichte des Eigenthums in den d. Städten. 1861, besonders S. 87 ff. — M. Neumann Gesch. des Wuchers in Deutschland. 1865. S. 212 ff. (die auf den Rentenkauf bezügliche Partie war als Breslauer Habilitationsschrift erschienen: de foenore redituum annuorum emtionis. Hal. Sax. 1864). — W. Pauli die sog. Wieboldsrenten oder die Rentenkäufe des Lübischen Rechts (der 4te Theil seiner: Abhandlungen aus dem Lüb. Rechte). Lüb. 1865. — Fabricius das älteste Stralsundische Stadtbuch. Berl. 1872. S. 276—279. — Höpken das Bremische Pfandrecht am liegenden Gut (im Bremischen Jahrbuch VII. S. 68—309, besonders S. 107 ff. — Vgl. außerdem für Bremen Poschinger Beiträge zur Geschichte der Inhaberpapiere in Deutschland 1875. S. 3 ff., v. Duhn deutschrechtl. Arbeiten 1877. S. 107 ff., für Hamburg Baumeister I. S. 159 ff., 168 ff., für Riga v. Bunge die Stadt Riga. 1878. S. 221 f., 262 f., für Würzburg Rosenthal zur Geschichte des Eigenthums in Würzburg. 1878, besonders S. 68 ff., 74 ff., für Sachsen seit dem 16. Jahrh. O. Müller die Reallasten. 1878. S. 76 ff., für Würtemberg v. Wächter I. S. 638 ff., für die Schweiz Bluntschli Zür. RG. I. S. 421—424, II. S. 224 ff., Blumer Rechtsgesch. der schweizer. Demokratien I. 1850. S. 452—461, für Frankreich Zachariä II. § 397—399.

[1a]) Im folgenden können wir die Getreidezinse unberücksichtigt lassen und uns auf die Geldrenten beschränken.

wirthschaftlichen Leben des Mittelalters ganz dieselbe Stellung ein, wie in neuerer Zeit die Hypothek[2]).

Wollte ein Kapitalist sein Geld nutzbringend und sicher anlegen, so konnte er Grundbesitz kaufen und ihn entweder selbst bebauen oder einem Andern gegen Zins leihen; er konnte ferner einem Grundeigenthümer das Kapital leihen und sich von ihm ein Grundstück als Pfandobjekt zur Nutznießung übertragen lassen (sog. ältere Satzung). Das waren Geschäfte, welche besonders auf dem Lande eingegangen wurden. In den Städten legte der Kapitalist sein Geld in Renten an: er zahlt das Kapital einem Geld suchenden Hausbesitzer als Kaufpreis und läßt sich von diesem dafür eine Rente aus dem Grundstück verkaufen.

Doch wurden Renten nicht bloß gekauft, sondern in Verbindung mit manchen andern Geschäften bestellt[3]). Wenn der Käufer eines Hauses dem Verkäufer nicht den ganzen Kaufpreis bezahlen konnte, wurde für den rückständigen Theil des Kaufgeldes, wie heutzutage eine verzinsliche Hypothek, so damals eine Rente auf das Haus zu Gunsten des Verkäufers gelegt[4]). Oder statt einem Erben sein

---

[2]) Im Mittelalter brauchte man für diese Renten und den Erbleihezins dieselben Namen, so daß immer zu untersuchen ist, um welche Art von Reallast es sich handelt: wicbelde, wortzins, census arealis, huszins, erbezins, census hereditarius, ewiggeld (jetzt noch in München der technische Name), burgrecht in Oestreich und Baiern. In Bremen heißen die Rentenbriefe technisch Handfesten, welches Wort im weitern Sinne feierliche oder von der Stadt ausgestellte Urkunden bezeichnet. Anderwärts sagte man: Geld up Breve nemen (Hammerbröker Recht v. 1489 c. 21, bei Hübbe S. 61). — Wenn in Weisthümern es dem Bauer verboten wird, uberzins auf das Gut zu thun (vgl. unten § 132 N. 14), so ist damit wohl gemeint, daß er es nicht mit Renten belasten soll.

Es empfiehlt sich die vom städtischen Eigenthümer bestellten Reallasten als Renten oder Gülten den bäuerlichen oder durch Erbleihe auf städtische Grundstücke gelegten gegenüber zu stellen, welche dann als Zinse zu bezeichnen sind. — Sicherlich hat Kohler pfandrechtliche Forschungen S. 100 f. Recht, daß der Ausdruck Rentenkauf nicht treffend ist; wegen seiner technischen Natur behalten wir ihn aber bei.

[3]) Vgl. darüber z. B. Duncker Reall. S. 86 ff. und in d. Ztschr. f. d. R. XI. S. 485 ff.

[4]) Ein Beispiel in Pauli Lüb. Zustände III. S. 123 v. J. 1499: Das rückständige Kaufgeld soll der Käufer vorrenthen. Es ist dies der sog. census

Erbtheil aus dem Nachlaß auszuzahlen, bestellten ihm seine Miterben eine Rente[4a]). Auch sonst wurden als Schenkung und in den mannigfaltigsten Anwendungen Renten begründet; insbesondere wurden Mündelgelder, das Vermögen juristischer Personen[4b]) und Stiftungskapitalien in Renten, besonders in Renten, welche auf dem Kämmereivermögen der Städte lasteten, angelegt[4c]). Auch macht es keinen juristischen Unterschied, wenn sie nicht als ewige Renten, sondern lediglich zum Vortheil einer bestimmten Person konstituirt wurden und nach deren Tode fortfallen sollten[5]).

In Betreff der gekauften Renten behauptete die ältere Theorie, daß sie erfunden seien, um das Zinsverbot des kanonischen Rechts zu umgehen; es sei der Rentenkauf ein mutuum palliatum. Wäre diese Annahme richtig, so würde doch nur sehr unvollkommen das wirthschaftliche Bedürfniß nach zinsbaren Darlehen befriedigt sein; denn nur dem Grundeigenthümer, welcher Kredit sucht, wäre geholfen; nur er kann eine Rente bestellen. So könnte man eher sagen, es vertrete der Rentenkauf die Stelle des zinstragenden hypothekarischen Darlehns. Und es ist überhaupt zu bezweifeln, ob diese Art von Creditgeschäft durch das kanonische Recht und nicht vielmehr durch die wirthschaftlichen Zustände des Mittelalters befördert sei[6]). Auch in Betreff der Renten wurde im Mittelalter öfter die Frage aufgeworfen, ob sie nicht unter das kanonische Verbot fallen, aber von den Päpsten verneint[7]).

---

reservativus, welcher in der ältern Literatur dem sog. census constitutivus gegenüber gestellt wird. Dieser Unterschied, welchen auch Duncker Reall. S. 69 ff., 184 ff. besonders berücksichtigt, ist m. E. ohne juristischen Werth, da er sich nicht auf das Recht selbst, sondern auf das es veranlassende Rechtsgeschäft bezieht.

[4a]) Vgl. darüber v. Meibom in Bekker's u. Muther's Jahrb. IV. S. 480, 482.

[4b]) Vgl. z. B. Urk. v. J. 1524 in Schanz Gesellen-Verbände 1877 S. 244: die Schmiedeknechte in Schaffhausen haben ihr Kapital in Renten angelegt.

[4c]) Vgl. z. B. Götting. Urk. B. no. 284 v. J. 1377.

[5]) Vgl. unten III. § 196.

[6]) Stobbe in d. Ztschr. f. d. R. XIX. S. 181 f., Neumann S. 279 ff.

[7]) c. 1 u. 2 Extr. comm. III. 5. — Vgl. auch die theoretischen Skrupel aus dem Anf. des 14. Jahrhunderts in dem Stralsunder Stadtbuch (Fabricius S. 137), ob der Rentenkauf emptio oder pignus sei; nur wenn man sich für das erste entscheide, sei er erlaubt.

Möglich ist es, daß man beim Rentenkaufgeschäft sich an die Grundsätze für die Erbleihen anschloß[8]), aber juristisch sind beide Verhältnisse strenge von einander zu sondern; denn bei dem Erbleihezins hat der Berechtigte ein dingliches Recht am Gut, ist Eigenthümer und empfängt den Zins als Aequivalent für die ihm entzogene Nutzung, wogegen der Rentenberechtigte kein Recht am Grundstück, sondern lediglich ein Recht auf die Reallast hat. Sicherlich ist es oft vorgekommen, daß der nachherige Rentenberechtigte zunächst nicht die Rente, sondern ein Haus kaufte, es dem bisherigen Eigenthümer durch Erbleihe zurück übertrug und sich von ihm die jährliche Zahlung des Zinses versprechen ließ[9]). Aber wenn es auch zuzugeben ist, daß in einem solchen Falle das Eigenthum des Erbverleihers wesentlich nur in der Zinsberechtigung zur Erscheinung kommt, so ist doch nicht einzusehen, warum die gekaufte Rente aus der Erbleihe

[8]) Nachdem Albrecht Gewere S. 158 ff. die Renten und die gutsherrlichen Zinse parallelisirt hatte, — (später, Rezension S. 313 N., hat er diese Parallele sehr beschränkt) —, hat Arnold S. 80 ff., 85 ff. 136 ff. und Pauli IV. S. 2 ff., 5 f., 14 ff., 148 ff. die städtische Erbleihe als den Ursprung der Renten darzustellen versucht; beiläufig auch Planck Gerichtsverfahren II. S. 342, 355. — Vgl. dagegen Duncker S. 43 ff., Stobbe S. 179 f., 184 f., v. Meibom Pfandr. S. 17, 210 f., auch v. Wyß S. 5 ff., besonders aber Höpken S. 112 ff., welcher für Bremen die völlige Verschiedenheit der Rente und des census areae, der hier „Stättegeld“ genannt wird, nachweist, wohl auch v. Amira nordgermanisches Obligationenrecht I. S. 669 N. 4. — In den neuesten Auflagen hat v. Gerber Priv. R. § 188 N. 6 m. E. zu weitgehende Concessionen an die Gegner gemacht.

[9]) Vgl. z. B. Hasse Kieler Stadtbuch 1875 S. 81 no. 794. Es kommen die mannigfaltigsten Rechtsgeschäfte zur Begründung einer Rente vor: z. B. der Eigenthümer bestellt eine Rente [also der selbständige Rentenkauf ist bereits bekannt], läßt das Gut daneben dem Rentenkäufer auf und empfängt es von ihm zur Erbleihe zurück, Urk. v. J. 1388 und aus der folgenden Zeit bei Rosenthal S. 68 f.; vgl. auch die Urkunden im Anhange no. 16, 17. — Also während dort eine Erbleihe begründet wird, um dem Verleiher den Zins zu verschaffen, wird hier zunächst das Rentenverhältniß begründet und verwandelt dann der Schuldner, welcher die Rente auf sein Grundstück gelegt hat, durch Oblation sein Eigenthum in Erbzinsrecht. — Aber die Rente wird nicht bloß mit der Erbleihe, sondern auch mit der Satzung kombinirt. Vgl. die oberrheinische Urk. v. J. 1297 (Schröder Urk. no. 164 [137]): zunächst wird die Rente begründet; dann erklären die Rentenschuldner, daß sie den Gläubigern die betreffenden Grundstücke vor Gericht resignavimus et nos resignasse publice profitemur ac in subpignus, quod dicitur underpfant, ipsis bona eadem constituisse et tradidisse et tandem ab eis recepisse pro dicta pensione solvenda perpetua annuatim.

entstanden sein solle und sich nicht neben der Erbleihe habe entwickeln können. Und juristisch sind Erbleihe und Rentenkauf nicht blos nach der Richtung hin auseinander zu halten, daß der Rentenberechtigte nicht Eigenthümer des pflichtigen Grundstücks ist, sondern auch darin, daß der Zins (Wortzins, census areae, Stättegeld) bei der Erbleihe unablöslich ist und auch bis in die neueste Zeit hinein bleibt, während die Rente sehr bald für ablöslich erklärt wird.

2. Wir beschränken uns im folgenden wesentlich auf die gekauften Renten, da die auf andern Geschäften beruhenden ganz nach ihrer Analogie behandelt wurden.

A zahlt dem B ein Kapital; B ist Hauseigenthümer und verspricht, daß er und die künftigen Erwerber des Hauses dem A und seinen Rechtsnachfolgern jährlich eine Rente zahlen werden.

Das Verhältniß von Kapital und Rente schwankte an den verschiedenen Orten und zu den verschiedenen Zeiten in hohem Maß. Während man in älterer Zeit das 6, 7 oder 8fache der Rente als Kaufgeld zahlte, stieg der Kaufpreis allmählich immer höher, an manchen Orten schon im 14. Jahrhundert auf das Zwanzigfache, so daß die Rente 5 Procent des hingegebenen Kapitals betrug. Dies Verhältniß ist durch die Reichsgesetzgebung zum gesetzlichen geworden[10]).

Der Rentenkauf ist ein selbständiges Rechtsgeschäft und unterscheidet sich wesentlich vom Darlehn mit Hypothek des Hauses: denn 1) wird das Geld nicht als zurückzuzahlendes Darlehn, sondern als definitiv aufgegebener Kaufpreis bezahlt; 2) ist für die Rente nicht der Empfänger des Geldes und sein Erbe, sondern der jedesmalige Besitzer des Hauses verpflichtet; 3) haftet der Verpflichtete nur mit dem Hause, nicht mit seinem übrigen Vermögen; 4) durften bei

---

[10]) Reichspol. O. v. 1530. art. 26. § 8; 5 Prozent auch in Württemb., v. Wächter I. S. 109; 5 oder 6 Procent nach den Hamb. Statt. II. 1. art. 5. — Material für die Geschichte des Rentenzinsfußes bei Stobbe S. 216 ff., Neumann S. 251 ff., Arnold S. 220 ff., 232 ff., Hegel Städtechroniken I. S. 284 f., Pauli S. 78 f., Donandt II. S. 355 ff., Höpken S. 163 ff., v. Wyß S. 54 ff., Rosenthal S. 100 ff.; für die Mark Meißen Gersdorf C. D. Saxon I. S. XXXII f. — Interessant sind die Vorgänge in Braunschweig, wo der Rath am Ende des 14. und Anfang des 15. Jahrhunderts die von ihm verkauften Renten mehrmals reducirte, so daß er für 100 Mark Kapital, für welche er ursprünglich 10 oder 11 Mark Rente versprochen hatte, nur noch 8, 7, schließlich nur noch 4 Mark Rente jährlich zahlte, Städtechroniken VI. S. 155 ff., 174 f.

einem Darlehn mit Hypothek des Hauses (neuere Satzung) keine Zinsen versprochen werden[11]).

3. Die Rentenberechtigung, welche den Immobilien gleichgestellt wurde[12]), erlangte die Wirksamkeit gegen den dritten Erwerber des Grundstücks durch die Auflassung vor Gericht oder vor dem Stadtrath[13]), oder durch Eintragung in die Gerichtsbücher, Rathsbücher, Stadtbücher oder besondere Rentenbücher[14]), resp. durch Ausfertigung einer Urkunde von Seiten des Raths oder Gerichts (Handfeste,

---

[11]) Die Ausdrücke sind freilich manchmal der Art, daß der Rentenkauf vom Darlehn mit Hypothek nicht genau unterschieden wird; die ältere Theorie versuchte ihn für ein solches auszugeben; vgl. darüber Eichhorn Rechtsgesch. III. § 450. N. e—g, Duncker S. 9 ff. und oben § 101. 1.

[12]) Oben I. § 63 II. 2.

[13]) Stellen bei Duncker Reall. S. 70 f., Zeitschr. f. d. R. XI. S. 469, Stobbe S. 186, v. Wyß S. 12 ff., Pauli IV. S. 27, Höpken S. 124 ff. — Hammerbröker Recht v. J. 1489 (Lübbe S. 61 c. 21 vgl. auch c. 73 S. 96): wenn Jemand geld up breve nehmen will, bedarf es der Verlassung vor Vogt und Geschworenen, außerdem auch der Eintragung in ein besonderes Buch. — Friedlieb hat seine Ansicht (S. 62 f.) nicht erwiesen, daß die Auflassung nicht zur Entstehung, sondern zum Beweise des Rechts erforderlich gewesen sei und weist keinen Fall nach, in welchem die dingliche Wirksamkeit der Rente durch den einfachen Vertrag erreicht wurde. — In Frankreich wird im 15. Jahrhundert nicht mehr die Auflassung erfordert, sondern reicht der einfache Vertrag hin, Brunner Inhaberpapier S. 26 N.

[14]) Duncker Ztschr. XI. 479 ff., 482 N. 60, Stobbe S. 187 f., Neumann S. 224 f.; über die Ewiggeldbücher in München Roth II. § 176. In Württemberg wurde im 16. und in den folgenden Jahrhunderten die gerichtliche oder landesherrliche Genehmigung zur Aufnahme von Renten gefordert, v. Wächter I. S. 100 f., 108 f., 640 f., 643 ff., vgl. auch Reyscher II. § 440. — Wenn in einzelnen Partikularrechten (z. B. Solmser L. O. II. 11 § 5) bestimmt ist, daß der Verkäufer eines Hauses dem Käufer alle Lasten desselben angeben soll, darf man nicht schließen, daß Renten auch ohne gerichtliche Mitwirkung bestellt werden konnten. Denn bei dem Mangel an übersichtlicher Buchführung ist nicht alles, was vor Gericht verhandelt ist, auch notorisch. In der Solmser L. O. II. 15 § 3 ist z. B. bestimmt, daß die Renten in die Gerichtsbücher einzutragen sind, und doch ist es die Pflicht des Verkäufers, alle Lasten zu benennen. — In Zürich wurde seit Ende des 15. Jahrhunderts die Fertigung vor Gericht oder Rath nicht mehr gefordert und reichte die Besiegelung der Urkunde hin; hatte der Schuldner ein Siegel, so konnte er selbst die Urkunde besiegeln, v. Wyß S. 29 f.; erst seit dem 16. u. 17. Jahrhundert findet wieder eine offizielle Ausfertigung der Urkunden statt S. 62 ff.

Brief, Rentenbrief)[15]). Durch die Auflassung oder gerichtliche Bestätigung erhielt der Rentengläubiger eine Gewere an seiner Rentenberechtigung, aber nicht an dem pflichtigen Grundstück[16]).

Der Gläubiger konnte sein Recht auf einen Andern nicht bloß durch Auflassung[17]), sondern auch in freierer Weise durch Cession und durch Tradition des Rentenbriefs übertragen[18]), sei es daß es definitiv, sei es daß es nur pfandweise auf den Erwerber übergehen sollte[18a]). Oft wurden die Rentenbriefe gleich zu Gunsten eines benannten Gläubigers und des spätern Besitzers der Urkunde ausgestellt, so daß der Besitzer dem Schuldner gegenüber die Cession nicht nachzuweisen brauchte[19]). Aber auch wenn die Urkunde nur einen

---

[15]) Daß in Bremen die Ausfertigung einer Handfeste obligatorisch war, vgl. Höpken S. 184 ff. Ebenso soll z. B. ein Rentenbrief ausgefertigt werden nach der Solmser L. O. II. 15. § 3. Bair. Bestimmung (bei v. d. Pfordten Studien 1875 S. 331 art. 4): es sollen Ewiggeldbriefe nur unter der Stadt gemeinem Insigel ausgestellt werden.

[16]) Stobbe S. 189 ff. und in Goldschmidt's Ztschr. XI. S. 403 N. 3, Laband vermögensr. Klagen S. 162 N. 10, Heusler S. 275 ff., jetzt auch v. Gerber § 188 N. 6. Vgl. auch oben § 72 N. 28. — Beseler § 95. 2 hält noch an der Gewere des Berechtigten am Grundstück fest; ebenso Rosenthal S. 81, weil er solche Fälle im Auge hat, in denen der Berechtigte zugleich Eigenthümer des Guts ist.

Ueber die Genehmigung der Erben bei der Rentenbestellung oben § 87 N. 34; über die Genehmigung des Grundeigenthümers, wenn der Verkäufer der Rente nur Erbleiherecht an dem Grundstück besitzt, vgl. v. Wyß S. 12.

[17]) Lüneb. Reform. II. 6. § 2, Hamb. Statt. II. art. 6; Stobbe S. 198; v. Wyß S. 13 ff. — Lüb. Urk. v. 1489 (Pauli Lüb. Zustände III. S. 107. no. 5): der Berechtigte hat die Rente witliken overgegeven, vorlaten unde vorkofft. — Uebertragung durch Erklärung zum Stadtbuch, Hasse Kieler Stadtbuch no. 111; coram consulibus resignavit, no. 563.

[18]) Vgl. die Urkk. des 14. Jahrh. bei Duncker Ztschr. f. d. R. V. S. 32 f., 38 f., v. Wyß S. 39 f.,

[18a]) Z. B. Dortmunder Recht IV. 119 (Frensdorff S. 136): der Gläubiger hat enen breyf to pande in siner were, de sin kisten pant sy.

[19]) Dortmunder R. IV. 46 (Frensdorff S. 120), Bremer Urtheil v. 1467 bei Höpken S. 245. no. 15 und überhaupt Höpken S. 188 ff. — Der Rentenschuldner will zahlen an den Gläubiger aut illi aut illis, cui vel quibus literas vendiderit, Göttinger Urk. B. no. 224 v. J. 1363, vgl. auch no. 230, 295; v. Wyß S. 39 f. leugnet das letztere. Ueber die Frage, wie weit der neue Gläubiger sich zu legitimiren habe, vgl. Stobbe in Goldschmidt's Zeitschr. XI. S. 409 ff.

Gläubiger benannte, behandelte man sie doch an manchen Orten wie ein Inhaberpapier[19a]). Weil das Rechtsverhältniß für lange, unbegrenzte Zeit begründet war, durfte man von demjenigen, welcher die Urkunde in spätern Jahrhunderten besaß, unmöglich den Nachweis darüber fordern, durch welche Successionsverhältnisse die Urkunde von dem ersten Gläubiger bis auf ihn gekommen sei.

4. Schuldner der Rente ist der Eigenthümer des Hauses. Doch unterscheidet sich der Rentenkauf von den übrigen Reallasten dadurch, daß der Schuldner nicht mit seinem ganzen Vermögen, sondern nur mit dem Hause und mit dem, was es in sich schließt, als Exekutionsobjekt haftet[20]). Der Gläubiger kann, wenn ihm seine Rente nicht bezahlt wird[20a]):

a) nur die auf dem Grundstück befindlichen Mobilien pfänden[21]), und

b) wenn er durch diese Pfändung nicht volle Befriedigung erlangt, durch ein besonderes Exekutionsverfahren sich das Grundstück übereignen lassen[22]). Nach Partikularrechten darf der Schuldner

---

[19a]) Vgl. Höpken S. 191 f.

[20]) Vgl. besonders Duncker Reallasten S. 71 ff. — Wie es für das ältere Recht vielfach anerkannt war, daß ein Gläubiger sich an die Schuldner seines Schuldners halten durfte, so darf der Rentengläubiger sich an den Miether des Hauses so weit halten, alse sin hure keret, als derselbe dem Vermiether noch den Miethzins schuldet, Stobbe a. a. O. S. 199 f., v. Wyß Ztschr. f. schweizer. R. IX. S. 19 N. 1, v. Meibom in Bekker u. Muther's Jahrb. IV. S. 492 f.; vgl. auch Höpken S. 118 f.

[20a]) Ueber die Zwangsmittel des Gläubigers vgl. W. Sickel die Bestrafung des Vertragsbruches. Halle 1876. S. 68 ff.

[21]) Stobbe S. 201 f., Friedlieb S. 72; vgl. auch Höpken S. 159 f. und Rosenthal S. 95; Schröder Urkk. no. 224 (200). Vgl. auch oben § 70 N. 28.

[22]) Stobbe S. 202 ff., Höpken S. 161 ff. Bisweilen wird auch verabredet, daß bei mehrmaliger Nichtbezahlung der Rente das Grundstück ohne weiteres dem Gläubiger verfallen sein soll; z. B. Schröder Urkunden no. 158, 226 (133, 202). — So erhält auch in der Urk. der Summa Gerhardi no. 210 (herausgeg. v. Tadra in d. Oestr. Arch. Band 63) der Gläubiger, wenn die Pfändung keinen Erfolg hat, die Befugniß ipsam domum palo claudere, ne ingressus cuiquam pateat ad eandem. Qui palus si censu et penis prehabitis nondum solutis anno continuo steterit nullatenus nisi per solutionem debiti extrahendus, extunc ipsa domus . . . ad prefatum F. (den Gläubiger) . . . jure hereditario devolvetur et pro devoluta habebitur ipso facto contradiccione

durch Zahlung der Rückstände binnen bestimmter Zeit das Gut wieder einlösen[23]) oder es zurück verlangen, nachdem der Gläubiger durch Nutznießung des Hauses in Betreff der Rückstände befriedigt ist[24]).

Erlitt der Gläubiger bei Uebereignung des Grundstücks einen Ausfall, so hatte er keine Nachforderung, wie er auch andererseits dasjenige, was das Grundstück mehr werth war, als das Rentenkapital und die Rückstände, herauszugeben nicht verpflichtet war. Auch wenn sich das Grundstück verschlechtert oder durch Brand zu Grunde geht, kann er sich nur an den Boden oder die Trümmer halten[25]).

c) Durch Dereliktion des pflichtigen Guts wurde der Schuldner von seiner Verbindlichkeit frei; dann durfte es der Berechtigte sich zu seiner Befriedigung aneignen[26]).

Der Gefahr, welche hierin für die Gläubiger lag, suchte man durch vertragsmäßige Verabredungen zu begegnen. Der Verpflichtete verspricht im Fall eines Brandes die Rente in alio loco tuto et securo anzulegen[27]) oder das Haus von neuem wieder aufzubauen[28]). Auch sollte der Hauseigenthümer, wenn er etwas von der Brandstätte in seinen Besitz nimmt, sich seiner Verbindlichkeit und des Hauses nicht mehr entschlagen können[29]).

5. Der Eigenthümer des Hauses ist verpflichtet; er wird es

---

aliqua non obstante. — Nach dem Recht von Riga D. IV. 6 soll der Schuldner 6 Wochen nach der mora „dat erve rumen."

[23]) v. Wächter I. S. 639.

[24]) Duncker Ztschr. f. d. R. XI. S. 472.

[25]) Stobbe S. 204; vgl. auch Magd. Sch. U. bei Wasserschleben I. S. 286, Sypst. Schöffenrecht IV. 1. 41, Bresl. Statt. c. 63 (Zeitschr. f. schles. Gesch. IV. S. 99), v. Wyß S. 16 ff.

[26]) Stobbe S. 204 f.; vgl. auch Nürnb. Ref. v. 1564. XXIII. 8. und v. Wyß Referat über die schweiz. Hypothekenrechte S. 74.

[27]) Böhmer C. D. Moenofr. a. 1296. p. 303.

[28]) Stralsund. Stadtb. S. 77. no. 57. — Andere Verabredungen daselbst S. 124. no. 86 u. 149. no. 151; S. 129. no. 258; das erste Jahr falle die Rente aus, später sei sie wieder zu zahlen: S. 133. no. 332, S. 148. no. 144, 159—162, 170, S. 153. no. 207, 213, S. 155. no. 237; bei Armuth des Pflichtigen wolle ihm der Berechtigte helfen, sein Haus aufbauen, S. 159. no. 280; vgl. auch die zwei bei Stobbe S. 205 abgedruckten Stellen des Luzerner Stadtrechts.

[29]) Thomas Frankf. Oberhof S. 241. § 50, 51.

durch den Erwerb des Grundstücks und muß die Rente zahlen, selbst wenn er von der Existenz der betreffenden Last keine Kunde hatte[30]). Auch wer ein derelinquirtes Grundstück in Besitz nimmt und wieder zu bebauen beginnt, wird Rentenschuldner[31]).

Während für die übrigen Reallasten es an einer einheitlichen Rechtsbildung über die Frage fehlte, ob der Nachfolger für die Rückstände aus der Zeit des Vorbesitzers zu haften habe, stand diese Verhaftung für den Rentenkauf allgemein fest[32]).

6. Da bei Verschlechterung des Grundstücks oder Verringerung seines Werths die Sicherheit der Rentenforderung leidet, so bedarf es der Genehmigung des Gläubigers zu Dispositionen, welche die Sicherheit vermindern[33]); auch hatte er bei Veräußerungen ein Einwilligungs- oder Vorkaufs- oder Retraktrecht[34]). Aus dem Gesichtspunkt, daß dem Rentengläubiger bei Nichtzahlung seines Schuldners das ganze Haus zugesprochen wird und dies Recht nicht auch ein folgender Rentengläubiger haben kann, war es partikulär verboten, aus demselben Hause mehrere Renten zu versprechen, oder nur dann zugelassen, wenn der erste Rentengläubiger einwilligt und dadurch zu erkennen giebt, daß er die zweite Rente bezahlen wolle, wenn ihm das Haus zufiele[35]).

---

[30]) Stobbe S. 206 f., Laband vermögensrechtl. Klagen S. 326. — Syst. Schöffenr. IV. 2. 92, Clever Rechtsspruch bei Schröder in d. Ztschr. f. RG. IX. S. 458 f. no. 80.

[31]) Stobbe S. 205 f.

[32]) Duncker S. 76 f., Auer S. CLXXX ff., Stobbe S. 205 f., Pauli S. 60 f. 68 (Lübisches Urtheil v. 1522). — Möglicherweise will dies auch die Dortmunder Bestimmung III. 28. (Frensdorff Dortm. Statt. S. 72) besagen.

[33]) z. B. Lüneb. Ref. II. 3. § 6 (Pufendorf IV. p. 660), Jül.-Berg. Landr. c. 107 (Maurenbrecher I. S. 299).

[34]) Vgl. oben § 88 N. 24. — Derartige Verabredungen im Stralsunder Stdtb. S. 124. no. 186, S. 149. no. 151, S. 153. no. 207.

[35]) Ueber das Verbot mehrerer Renten aus demselben Hause, über das Verhältniß, wenn mehrere Renten bestellt sind oder wenn Renten mit Pfandrechten konkurriren, und über die Reihenfolge in der Befriedigung vgl. Albrecht S. 160 ff., Duncker S. 81 ff., Auer S. CLXXIV ff., Stobbe S. 211 ff., v. Wyß S. 32 ff., Pauli S. 46 ff., Neumann S. 230, Höpken S. 98 ff., 152 ff., 161 f., Kohler pfandrechtl. Forschungen S. 59 f. — Vgl. auch die Breslauer Raths-VO. v. 1438 (C. D. Silesiac. XI. p. 187): die Erbzinse sollen den Mauerzinsen vorgehen, als ferre die erbczinse elder sein wen die maurczinse und die Lüneburger Nieder-G. O. bei Pufendorf III. S. 354 f., 360 f.

7. Wer eine Rente kauft, hat an sich ein ewiges unablösliches Recht. Wie aber eine vertragsmäßige Ablösung möglich ist, kann auch dem Verpflichteten gleich bei der Bestellung das Ablösungsrecht eingeräumt sein (Kauf auf Wiederkauf)[36]. Und durch die Gesetzgebung ist seit dem 13. Jahrhundert an vielen Orten, an dem einen früher, an dem andern später ziemlich allgemein dem Schuldner das Recht gegeben, sein Grundstück durch eine Kapitalzahlung von der Rente zu befreien[37]. An sich war die Rente unablöslich; wer sie ablösen will, muß sich entweder auf Vertrag oder Gesetz berufen können[38].

Bei der Ablösung ist entweder auf den ursprünglichen Bestel-

[36]) Unbewiesen ist die Ansicht von Lewis Succession der Erben 1864. S. 119, daß ein solches vertragsmäßiges Einlösungsrecht nicht ohne weiteres auf die Erben übergehe.

[37]) Zusammenstellungen bei Stobbe S. 213 ff., Neumann S. 234 ff., Höpken S. 146 f., über Hamburg Baumeister I. S. 167 f., über Zürich v. Wyß S. 32 ff., über Basel Arnold Eigentum S. 301 ff., über Lübeck Pauli Abhh. IV. S. 72 ff. Um die Feuergefährlichkeit der städtischen Bauten einzuschränken, wird in Dortmund (Frensdorff S. 201) im J. 1346 bestimmt, daß nur die Renten auf Häusern, welche mit Stein gedeckt sind, ablösbar sein sollen. Ueber Mainz Städtechroniken XVII S. 90 ff., 131 ff., 218, 247. — Ueber Wien Tomaschek Rechte von Wien I. no. 61, 61 A und B, 62 — Nürnb. Ref. v. 1564. tit. 23. c. 4 (die Reform. v. 1522 enthält nichts darüber). — Der Frankfurter Rath schreibt im J. 1433 an seinen Gesandten, Nürnberg und andere Städte hätten vom Papst und Kaiser Ablösungsprivilegien erhalten; er möge sich erkundigen, welcher Procentsatz dabei zu Grunde gelegt würde (Jansen Frankfurt's Reichs-Correspondenz I. S. 392). — Frankf. Ref. II. 7. § 2 ff., Solmser LO. II. 15. § 4, Trierer Ldr. XIV. § 5. — Vgl. auch Gaill II. no. 9. § 4, 5. — In Bremen ist ihre Ablösbarkeit nie durch das objektive Recht bestimmt worden, Höpken S. 146 f. — In Sachsen bleiben neben den ablöslichen noch unablösliche Renten bestehen, sog. unablegliche, Eiserngeld, Ewiggeld, Müller Reallasten S. 84 ff.

[38]) Reichsgesetzlich ist die Ablösbarkeit nicht durch die Reichs-Pol. O. v. 1548. XVII. § 8, und v. 1577. XVII. § 9 eingeführt (das entgegengesetzte wird sehr häufig irrthümlich angenommen, z. B. von v. Gerber § 188 N. 4 und von mir in der angef. Abh. S. 215). Das Gesetz bestimmt nur, daß ein ablöslicher oder wiederkäuflicher Zins nur von dem Verpflichteten abgelöst, aber nicht von dem Berechtigten gekündigt werden dürfe; von den unablöslichen Renten spricht es gar nicht. — Unmotivirt ist die Behauptung des Jenaer O. A. Gerichts (Seuffert XXII. no. 159), daß ablösbare Renten gar keine Reallasten seien.

lungsvertrag zurückzugehen und die Rente um das damals gezahlte Kapital zurückzukaufen, oder es bestimmt das Gesetz, allgemein oder bloß für den Fall, daß der ursprüngliche Betrag nicht mehr bekannt ist, in welchem Verhältniß das Ablösungskapitel zur Rente stehen soll[39]).

8. Durch ihre Ablösbarkeit näherte sich die Rente dem zinstragenden hypothekarischen Darlehen. Aber noch in anderen wesentlichen Beziehungen traten Modifikationen des ursprünglichen Instituts ein, welche immer mehr seine Umgestaltung zum hypothekarischen Darlehn beförderten, — freilich weder allgemein, noch überall gleichzeitig. An vielen Orten wurde die alte Natur der Rente noch längere Zeit hindurch konservirt.

Zu diesen Modifikationen gehört, daß man das Haus, auf welchem die Rente radicirt ist, als Unterpfand bezeichnete und für das Geschäft auch sonstige, nur auf eine Hypothek anwendbare Ausdrücke gebrauchte[40]). Ferner, daß im Falle der Nicht-Abführung der Renten das Grundstück nicht einfach dem Gläubiger übereignet, sondern in einem besonderen Exekutionsverfahren wie ein Pfand veräußert wurde und daß aus dem Erlöse der Berechtigte die kapitalisirte

[39]) Frankf. Ref. II. 7. § 6 ff.: es soll der 25fache Betrag der Rente gezahlt werden; II. 3. § 22: neue Renten sollen nicht über 5 Procent des Kapitals betragen. — Nürnberg. Ref. v. 1564. XXIII. 4. Abs. 3, 4, 10, 11. — Das Jenaer O. A. Ger. (Seuffert II. no. 126) nimmt an, daß eine Verkleinerung der Zinspflicht in Folge von Verjährung bei der Ablösung der Rente keinen Einfluß übe und die ganze Kaufsumme zu zahlen sei.

[40]) Vgl. oben in N. 9 die Urk. v. J. 1297. — Züricher Rathserkenntn. v. J. 1419 (Kraut § 109. no. 38): so man lichet .. uff guetter ... und man jerlich gult in kouffeswise oder suss darum geben soll u. s. w. Rigische Willkür v. J. 1453 (v. Napiersky S. 300): dat welk man de sin husz ofte sine anderen liggenden grunde vorpanden wille, de sal vor den Rad komen .... mit demjennen, dem he dat vorpanden wil und laten em .... toschryven hirna in diit Boek solke Renthe, als he vorkofft heft. Und wanner he sylve Renthe wedder avekopet, so sollen ... koper und vorkoper ... wedder vor den Rad komen und laten ... solke schrift wedder utschryven; Willk. v. 1559 (S. 301): ein jeder, so sein Haus verpfenden will, soll ein sodanes offentlich vorm Ehrbahren Rade thun und ins Rentebuch verzeichnet werden. Jül.-Berg. Lbr. c. 107; Solmser L. O. II. 15. § 3: seine liegenden Güter einem Andern für einen jährlichen Zins einsetzen und verpfänden.

Rentenforderung empfing, wogegen der Ueberschuß dem Eigenthümer oder andern Kreditoren zufiel[41]).

Sodann, daß die Rente nicht bloß auf dem Grundstück haftet, sondern der Schuldner auch mit seinem übrigen Vermögen einzustehen hat[42]). Derartige Renten werden von einzelnen Personen, ganz besonders aber auch von juristischen Personen versprochen. Wenn der Stadtrath Renten auf das Rathhaus nimmt, so ist dabei gemeint, daß für sie das städtische Vermögen aufkommen soll, wie sie denn auch als Renten von der Stadt Rentkammer bezeichnet werden[42a]). Wo nun die Rente auf dem ganzen Vermögen lastet, da kann sich der Schuldner durch Dereliktion des zunächst belasteten Grundstücks nicht mehr seiner Verbindlichkeit entziehen und bleibt er auch bei einer vertragsmäßigen Veräußerung des Grundstücks, entgegengesetzt

---

[41]) Albrecht S. 178 ff., Duncker S. 80 ff., Stobbe S. 203. N., Pauli S. 98, Blumer I. S. 459 ff., v. Meibom Pfandrecht S. 228 ff., Höpken S. 163. — Statt des Verkaufs wird das belastete Grundstück verpachtet in Schröder Urk. no. 168 (142).

[42]) Ueber diesen Uebergang Baumeister I. S. 80 f. — Schon im Mittelalter bahnt sich diese Entwickelung an, indem der Rentenschuldner ausdrücklich seine unbeschränkte Verhaftung verspricht. — Urkunden bei Stobbe S. 202; ferner Stralsunder Stdtb. S. 109. no. 620, S. 118. no. 95; vgl. auch S. 95. no. 382. — Lüb. Urkk. bei Pauli S. 62 ff., vgl. auch Seuffert XXXII. no. 330. — System. Schöffenr. IV. 2. 70. — Lütticher Gew. R. (bei Warnkönig Beiträge S. 214 c. 461): Vendens reditum super generalitate bonorum, si ex omnibus suis bonis fuerit desaisitus, poterit conveniri actione personali. — Kraut 3. Ausg. § 145. no. 20, 5. Ausg. § 109. no. 16, 17. — Duncker S. 75. f., Neumann S. 243 ff., Blumer S. 658 f., v. Wyß S. 37 ff., Rosenthal S. 98 f. — Auch die Gesetzgebung beseitigt die beschränkte Verhaftung, z. B. Prager Stadtr. c. 133 (Rößler S. 91, eine Willkür v. J. 1380) und die Praxis setzt sich über sie hinweg, vgl. Pauli S. 118 ff. über das 17. Jahrhundert. — In München behielt man für das Ewiggeld die alten Grundsätze bei: das übrige Vermögen haftet nicht; durch Dereliktion wird der Schuldner frei; der Nachfolger hat die Rückstände zu berichtigen, Roth B. II. § 178. 3. Ueber schweizerische Cantonalrechte vgl. v. Wyß Referat S. 61 f. und in d. Ztschr. f. schweiz. R. XIX. S. 10 f.

[42a]) Z. B. Kölner Urkk. v. J. 1373 und 1374 in Ennen Kölner Geschichtsquellen V no. 35, 43 und die in N. 45a citirte Kölner Urkunde. — Zünfte verkaufen Renten aus ihrer Trinkstube; vgl. Schmoller die Straßburger Tucher- und Weberzunft. Straßb. 1879 S. 52: hier zeigt sich der Uebergang zum Darlehn sehr einfach darin, daß einzelne Renten aus der Oberstube, andere aus der Niederstube zu zahlen sind.

der ursprünglichen Natur der Reallast, persönlich obligirt[43]), während der neue Erwerber die Rentenpflicht anerkennen muß, aber, wenn er sie nicht persönlich übernommen hat, lediglich mit dem Grundstück haftet[44]).

So war das Rentenrecht an manchen Orten fast zum zinsbaren Darlehn mit Hypothek geworden und bestand zwischen beiden Geschäften im wesentlichen nur der eine Unterschied, daß der Rentengläubiger nicht die Ablösung der Verpflichtung fordern durfte. Der Rentenkauf war in dieser Epoche ein verhypothecirtes zinsbares Darlehen, welches nur von Seite des Schuldners gekündigt werden kann[45]). Und wenn es an manchen Orten längere Zeit zulässig gewesen war[45a]), dem Gläubiger vertragsmäßig ein solches Kündigungsrecht zu geben, so schritt doch dagegen die Gesetzgebung ein[46]). So lange das zinsbare Darlehen verboten war, mußte man auch das Kündigungsrecht des Gläubigers ausschließen, da dieses den letzten Unterschied des Rentenkaufs vom zinsbaren Darlehen mit Hypothek beseitigt hätte[47]). Daher verbieten die Reichspolizeiordnungen Ver-

[43]) System. Schöffenr. III. 2. 134.

[44]) Nach der Lübischen VO. v. 25. März 1848. § 1 (Pauli S. 126) scheidet der Veräußerer, wie bei dem alten Rentenkauf, aus dem Rechtsverhältniß ganz aus, wird aber der neue Erwerber auch ohne Uebernahme persönlich verpflichtet.

[45]) Pauli S. 126 ff., v. Wächter I. S. 164 ff. — Die Lüneb. Ref. II. 7 am Anfange (Pufendorf IV. S. 664 f.) hebt hervor, daß man entweder Renten kaufen oder Geld auf Unterpfand leihen kann, und daß der Unterschied zwischen beiden darin besteht, daß der Gläubiger im ersten Fall nicht kündigen darf.

[45a]) Vgl. z. B. Hannover'sches UrkB. no. 192, 257, 297 aus den J. 1336, 1347, 1351, Kölner Geschichtsquellen V. no. 167 v. J. 1377 (die Stadt Mainz leiht Köln 15000 Gulden; Köln verspricht jährlich 1500 Gulden Rente; Mainz darf das Kapital halbjährlich kündigen; wird es dann nicht rechtzeitig zurückgezahlt, so verliert Köln das Einlösungsrecht). — Schröder Urkk. no. 129 (106), 159. — Kündigungsrecht in Mecklenburg vgl. Böhlau I. § 12 N. 13. — Das Züricher Rathserkenntniß v. J. 1419 (Kraut § 109. no. 38) behandelt das Kündigungsrecht des Gläubigers als zulässig; vgl. auch v. Wyß S. 35 f.

[46]) Vgl. die Nachweisungen über Bremen und Hannover bei Höpken S. 142 ff. Nach dem Bremer Stdtr. v. 1303. c. 30 (Oelrichs S. 59) hatte das für den Gläubiger verabredete Kündigungsrecht nur die Wirkung, daß wenn auf erfolgte Kündigung der Schuldner das Kapital nicht zurückzahlt, dieser sein Lösungsrecht verliert und die Rente eine ewige wird.

[47]) So sagt Purgoldt III. 92: ein solcher Vertrag sei dann Satzung und

träge, nach denen der Gläubiger kündigen darf[48]), wogegen der Reichs-Dep. Abschied v. 1600[49]) die vertragsmäßige Festsetzung des Kündigungsrechts für den Fall zuläßt, daß sich der Schuldner mit Zahlung der Renten in mora befinden sollte. Nachdem aber das kanonische Zinsverbot überwunden war, stand auch dem Kündigungsrecht des Gläubigers kein Hinderniß mehr entgegen und gestattete die Gesetzgebung, daß die Kündigung vertragsmäßig vorbehalten würde[50]) oder daß auch ohne besondere Verabredung bei längerer mora der Gläubiger kündigen dürfe[51]).

Jetzt, besonders seit dem 17. Jahrhundert, trat neben die prinzipiell von Seiten des Gläubigers unkündbare Rente die von beiden Seiten kündbare Hypothek, welche sich, wie später auszuführen ist, nach manchen Richtungen hin den für den Rentenkauf geltenden Rechtsgrundsätzen akkommodirte und im Verkehr sich ihr auch durch den Gebrauch annäherte, daß bei einer Veräußerung des hypothecirten Grundstücks der neue Erwerber persönlich die Schuld übernahm und der ursprüngliche Schuldner von seiner Verbindlichkeit entlassen wurde. Allmählich verlor der auf Seiten des Gläubigers unkündbare Rentenkauf im Rechtsleben an Bedeutung; es übernahm seine Funktionen die moderne Hypothek und es erhielten sich nur noch aus alter Zeit auf manchen städtischen Grundstücken Renten, für welche die Grundsätze von den Reallasten auch noch

---

schlimmer als Judenwucher; Gaill II. obs. 7. § 12 ff. erklärt ein solches Geschäft für wucherlich. Vgl. auch Jül.-Berg. Ldr. c. 107 a. E. (Maurenbr. I. S. 302 f.), Trierer Landr. XIV. § 4.

Wenn das Rentengeschäft nur auf ein Paar Jahr eingegangen war und der Schuldner das Kapital nach Ablauf derselben zurückzahlen sollte, so lag ebenfalls eine Hypothek vor. Wir sehen aber nicht, daß solche Geschäfte verboten gewesen wären. So gestattet z. B. der Rath von Leipzig in einer Urk. v. J. 1495 (Leipz. Urk. B. II. no. 399) einer Frau 100 Gulden Hauptsumme mit 5 Gulden aufzunehmen und auf ihr Haus verschreiben zu lassen: uff eynen bestendigen widerkauff zcuvorkeuffen drey jar lang, so daß der Gläubiger die erste ypotheca vor allen andern Schuldigern haben soll. — Ueber die Gesetzgebung Zürichs in dieser Beziehung v. Wyß S. 45 ff.

[48]) Reichs-Pol. O. v. 1548. XVII. 8 und v. 1577. XVII. 9 (Kraut § 109. no. 69).

[49]) § 35, auch bei Kraut § 109. no. 70.

[50]) Züricher GB. § 774; in Sachsen seit d. 17. Jahrh., Müller S. 78 f., 94 f.

[51]) Trierer Ldr. XIV. § 4, 6, Preuß. Ldr. I. 11. § 329, 330.

weiter Anwendung finden[52]). Aber auch für diese Renten ist vielfach durch die Ablösungsgesetze der neuesten Zeit die Ablösbarkeit eingeführt, welche sowohl von dem Pflichtigen als dem Berechtigten beantragt werden darf[53]).

Doch ist es eine in neuerer Zeit wohl aufzuwerfende Frage, ob die von Seiten des Gläubigers unkündbare Rente nicht ein dem Realkredit sehr förderliches Geschäft sei, welches neu zu beleben wäre[54]). Und wenn auch manche neuere Gesetze bestimmen, daß künftighin auf Grundstücke keine unkündbaren Kapitalien gelegt werden sollen[55]), so hat der Staat doch einzelnen Kreditinstituten gestattet, Darlehen, welche von ihrer Seite nicht kündbar sein sollen, gegen Verzinsung auf Grundstücke zu geben[56]).

---

[52]) An einzelnen Orten wurde schon früh der Gültkauf ganz und gar verboten; Blumer S. 457 führt an, daß im 15. Jahrh. die Landgemeinde von Nidwalden bestimmte, daß alle ewigen oder ablöslichen Zinse binnen 8 Jahren abzulösen seien, widrigenfalls das pflichtige Gut dem Land anheimfalle, und daß künftig keine Gülten mehr auf Liegenschaften zu setzen seien.

Ueber das Fortleben des Rentenkaufs vom 16. bis 18. Jahrhundert vgl. Duncker Ztschr. f. d. R. XI. S. 471 ff.; interessant ist die Bemerkung S. 475, daß im Göttinger Stadtbuch vom 16. Jahrh. sich etwa 300 Rentenkaufsverbriefungen, aber keine einzige hypothekarische Schuldverschreibung findet. — In Mecklenburg werden Rentenkäufe bis zum Anfang des 17. Jahrh. abgeschlossen, v. Meibom Meckl. Hyp. R. S. 4, ebenso in Zürich v. Wyß S. 28 f., Bluntschli Rechtsg. II. S. 224 ff., 250 ff. Ueber die andern Schweizer Cantone vgl. v. Wyß in d. Ztschr. f. schweiz. R. XIX. S. 9 ff. und Referat S. 12 ff., 20. — In Würtemberg, wo die Rente im 17. Jahrh. für kündbar erklärt wird, fällt sie ganz und gar mit der Hypothek zusammen; trotzdem hielt man beide Geschäfte dem Namen nach noch auseinander, v. Wächter I. S. 642 ff. — In Sachsen erhielt sich der Rentenkauf noch in der Oberlausitz; das sächs. GB. erwähnt ihn nicht mehr, Schmidt I. S. 334. — Als geltendes Rechtsinstitut besteht er in München, Roth B. II. § 176.

[53]) Preuß. Ablös. Ges. v. 2. März 1850. § 94; bei neu aufgelegten Renten darf die Kündigung nur für 30 Jahre ausgeschlossen werden, § 91.

[54]) Solche vom Gläubiger unkündbare oder nur in bestimmten gesetzlichen Fällen kündbare Gülten sind ausdrücklich zugelassen im Berner Civ. GB. art. 491 ff., Züricher GB. § 772 ff.; vgl. auch Bluntschli's Note zu § 772; Hamb. Ges. v. 4. Dez. 1868. § 8, vgl. auch § 44. — Das Preuß. Gesetz v. 26. April 1858. § 3 hat die Renten im Gegensatz gegen das Gesetz von 1850 (vgl. N. 53) wieder für unkündbar auf Seiten des Berechtigten erklärt.

[55]) Preuß. Ges. v. 2. März 1850. § 92.

[56]) Diese Ausnahme wird in dem N. 55 genannten Gesetz gleich vor-

Den alten Rentenbriefen nahe verwandt sind die neueren Pfandbriefe[57]), wie solche zuerst in Schlesien (1769), dann in andern Preußischen Provinzen und weiter auch in andern deutschen Staaten von landwirthschaftlichen und sonstigen Kreditvereinen als Schuldnern ausgestellt werden[58]). Die Grundbesitzer eines größeren Bezirks, seien es bloß die Besitzer von Rittergütern, sei es auch von Bauergütern[59]) vereinigen sich zu einer Corporation mit der Bestimmung, daß sie für die Verzinsung der von den einzelnen Besitzern auf ihre Grundstücke bis zu einer gewissen Höhe (Hälfte oder Zweidrittel) des Werths[60]) derselben aufgenommenen Kapitalien haften will. Der einzelne Gutsbesitzer, auf dessen Hypothekenfolium das aufgenommene Kapital wie eine Hypothekenschuld eingetragen wird, ist zur Verzinsung verpflichtet; er liefert aber die Zinsen nicht an seinen Gläubiger, sondern an die Kasse des Kreditvereins ab, welche die Zinsen, die Rente, dem Gläubiger bezahlt. Wenngleich das Kapital auf ein bestimmtes Gut aufgenommen ist, haftet dem Gläubiger nicht bloß dies Gut für die Verzinsung, wie bei jeder Reallast, sondern der ganze Verein mit den ihm gehörigen Grund-

---

behalten. — Vgl. z. B. Statuten der Preuß. Bodenkredit-Aktienbank zu Berlin v. 21. Dez. 1868. § 14, 16 ff. (Ges. Samml. S. 125 ff.).

[57]) Kohlschütter über landwirthschaftliche Kreditsysteme mit besonderer Beziehung auf das Königreich Sachsen, in Rau's Arch. der polit. Oekonomie. N. F. I. 1843. S. 210—236. — Mascher d. deutsche Grundbuch- und Hypothekenwesen 1869. S. 15 ff. — Koch Preuß. Privatr. I. § 388. — Vgl. auch Kuntze Inhaberpapiere S. 15—18, 86—88, 590—92; Gierke Genossenschaftsrecht I. S. 1068—1074. — Kraut § 105.

[58]) Die schlesischen Einrichtungen (die Begründung der sog. Landschaft) wurden auf die Kur- und Neumark 1777, auf Pommern 1781, auf Westpreußen 1787, auf Ostpreußen 1788, auf Posen 1821 übertragen; Nachweisungen bei Koch a. a. O.; vgl. auch oben § 54 N. 20. — Im Königreich Sachsen seit 1844, Haubold I. § 216. Zus. S. 312—316. — Ueber Hannover Grefe § 105. — Ueber die östreichischen Pfandbriefe vgl. auch Exner Oestr. Hyp. R. S. 377. Ueber andere Länder Nachweisungen bei Gierke S. 1069 N. 82.

[59]) In Ostpreußen wurden zuerst 1808 auch die Kulmischen Güter aufgenommen; über andere Landschaften Gierke S. 1072 N. 87.

[60]) Neuerdings haben Erhöhungen stattgefunden; Erlaß für den prov. sächs. Kreditverein vom 2. Aug. 1867: Beleihung innerhalb der ersten $^3/_5$; dasselbe gilt für die westpreuß. Landschaft nach dem Erlaß v. 15. Mai 1868; für die schlesische Landschaft Beleihung innerhalb $^2/_3$ des Werths in Folge des Erl. v. 6. Oktob. 1868 u. s. w.

stücken. Der Gutsbesitzer ist Schuldner des Vereins, der Verein Schuldner des Gläubigers. Dies zeigt sich auch darin, daß die dem Gläubiger über seine Forderung ausgestellten Urkunden, Pfandbriefe, wenngleich sie auf ein bestimmtes Gut lauten, nicht den Gutsbesitzer, sondern den Kreditverein als Schuldner benennen.

Von gewöhnlichen Rentenbriefen unterscheiden sich die Pfandbriefe: 1) durch die genossenschaftliche Verhaftung, 2) dadurch, daß der erste Gläubiger, welcher das Kapital zahlte, mit welchem er gewissermaßen die Rente kaufte, nicht eine auf seinen Namen als Gläubiger lautende Urkunde, sondern ein Inhaberpapier erhält.

Von einer Hypothekenforderung unterscheidet sich das Recht des Pfandbriefgläubigers 1) durch seine Unkündbarkeit von Seiten des Gläubigers und 2) dadurch, daß die Verbindlichkeit zur Zinszahlung auch ohne besondere Uebernahme auf den neuen Erwerber des Guts übergeht.

§ 105. Zehnten[1]).

Zehnten nennen wir die als Reallast auf einem Gut haftende Verpflichtung des Besitzers zur Leistung einer Quote (des Zehnten, oft auch eines andern Theils) seiner landwirthschaftlichen Erträgnisse (Pflanzen,

---

[1]) Wir stellen die Zehnten nicht wie die sonstigen auf dem ländlichen Grundbesitz haftenden Reallasten in die Lehre von den Bauergütern, weil die Zehnten dem Princip nach nicht bloß die Bauergüter, sondern auch den sonstigen Grundbesitz belasten, und weil sie großentheils andern Ursprungs als die sonstigen bäuerlichen Lasten sind. Da hier das meiste partikulär und ohne juristisches Interesse ist, beschränken wir uns auf wenige Punkte.

Literatur: Mittermaier I. § 181—188, Maurenbrecher § 334 bis 337, v. Gerber § 190, Beseler § 192, Gengler Lehrb. S. 315 ff., Privatr. § 80. — Hagemann Landwirthschaftsrecht § 257 ff. S. 485—509. — Duncker Reallasten S. 223 ff., Frieblieb S. 264—272. — Richter Kirchenrecht § 309, 310, 315. — Koch Preuß. Privatr. I. § 357, 358, Grefe II. S. 334—343, Thomas I. S. 298., Reyscher I. § 275—279, Steinacker S. 525—534, Haubold § 486, Heimbach § 367, 368. — Schnell das Zehntrecht nach schweiz. Rechtsquellen, in d. Ztschr. f. schweiz. R. III. 1. 1854. — Ueber einzelne Fragen des Zehntrechts Strube Bed. I. 102, 186, IV. 73, 169, 198, Pufendorf obs. I. no. 111, 112, II. 32, 137, III. 132, 202, 209, IV. 132, 138, 266. — Reiche Literaturnachweise bei Ortloff S. 418—421, Mittermaier § 181 N. 1, § 183 N. 1, Gengler Lehrb. S. 315 f.

Quellen: Zahlreiche Belege aus ältern Quellen bei Kraut § 116,

Thiere). Die Zehnten werden theils von der Gutsherrschaft gefordert und unterscheiden sich dann nicht von den übrigen bäuerlichen Reallasten, theils sind sie Abgaben an die Kirche[2]). Im Anschluß an die Bestimmungen des jüdischen Rechts zu Gunsten der Leviten forderte die Kirche seit dem 6. Jahrhundert den Zehnten als eine allgemeine Kirchensteuer. Obgleich sie der Staat in diesem Anspruch unterstützte, konnte sie denselben nicht überall durchsetzen, und besonders die größern Güter, die Rittergütter, blieben in vielen Gegenden wie überhaupt von Steuern, so auch von den Zehnten frei[3]). Außerdem wurden viele Zehnten (decimae ecclesiasticae) von der Kirche durch Verleihung und sonstige Veräußerung an Laien übertragen und blieben in deren Besitz, trotzdem das kanonische Recht seit dem 12ten Jahrhundert in energischer Weise ihre Rückübertragung forderte[4]). So haben viele ihrem Ursprung nach kirchliche Zehnten im Lauf der Zeit diesen Charakter eingebüßt und stehen den sonstigen Grundlasten gleich; andere Zehnten sind durch Immemorialverjährung erloschen oder sind abgelöst worden. Auch können die alten kirchlichen Gebote nicht mehr als geltend angesehen werden und es besteht

---

Grimm Rechtsalterthümer S. 300, 392 ff. und Waitz Verf. G. VIII. S. 347 ff.; viele Vorschriften in Grimm's Weisthümern. — Zu den ältesten Zehntordnungen gehört die ausführliche Bestimmung in den Statuta antiqua S. Petri Corbejensis a. 832, lib. II. c. 9—17 (bei Guérard polyptyque d'Irminon. II. p. 323—335). — Ein ausführliches fränk. Weisthum des 18. Jahrh. bei Grimm Weisth. III. S. 582 ff. — Zehntordnungen führen an: Mittermaier § 182 N. 16, Roth B. II. § 169 N. 32, Grefe II. S. 334—336. — C. Max. Bav. II. 10, Preuß. Ldr. II. 11. § 857 ff., Baden'sches GB. art. 710[a], 710[e,f].

[2]) Historisch Strube Nebenstunden V. no. 35, Weber Handbuch des Lehnrechts. II. S. 381—455; eine gute Uebersicht über die Geschichte der kirchlichen Zehnten bei Gengler Lehrb. S. 317—321; für die ältere Zeit vgl. ganz besonders E. Löning Gesch. des Kirchenrechts II. S. 676 ff. — Gegen die Uebertreibung von Birnbaum die rechtliche Natur des Zehnten 1831, welcher fast alle Zehnten auf die Gutsherrlichkeit zurückführen will, vgl. Roth Benefizialwesen S. 365 und Walter § 531 N. 4.

[3]) Urk. v. J. 1199 (Beyer Urk. B. II. no. 93): die Besitzer eines als zehntpflichtig in Anspruch genommenen Guts erklären, quod verum allodium eorum esset et salica terra et nunquam alicui aliqua jura vel decimam dedissent. — Ueber die Befreiung der Rittergüter in der Mark Brandenburg Riedel die Mark Brandenburg im J. 1250. II. S. 176.

[4]) In der Mark Brandenburg wurden die kirchlichen Zehnten vom Landesherrn beansprucht und von ihm an die Gutsherrn abgetreten, Riedel a. a. O.

weder ein allgemeines Zehntrecht der Kirche, noch ist alles Land zehntpflichtig[5]), sondern es hat, wer den Zehnten in Anspruch nimmt, die Existenz seines Rechts nachzuweisen.

Wo das Zehntrecht in einem ganzen Bezirk gilt (decimae universales) im Gegensatz gegen die bloß auf bestimmte Güter sich beziehende Berechtigung (decimae particulares), spricht die Präsumtion zu Gunsten der Zehntpflicht der einzelnen Aecker[6]); doch sind regelmäßig die Gärten befreit[7]). In Rücksicht auf das Objekt herrscht die größte Mannigfaltigkeit, je nachdem der Zehnte sich bloß auf Feldfrüchte (Feldzehnten) und hier nur auf die Getreidearten (großer Feldzehnte) oder auch auf Kräuter, Gartenfrüchte, Obst ꝛc. (kleiner Feldzehnte) oder nur auf einzelne Getreidearten oder Gewächse, oder je nachdem er sich auch auf Thiere (Blutzehnte) erstreckt, welcher selbst wieder in den großen und den kleinen Blutzehnten eingetheilt wird und bisweilen nicht bloß die Thiere selbst, sondern auch die Produkte von ihren Erzeugnissen (Butter) begreift. Ferner: wenn auch im allgemeinen der Berechtigte auf Aufforderung des Pflichtigen beim Feldzehnten zur Zeit der Ernte auf dem Gut zu erscheinen und den Zehnten auszuscheiden und abzuholen hat, so bestehen doch auch in dieser Beziehung und was die Art der Aussonderung und die Berechnung der betreffenden Quote angeht, sehr verschiedene Gebräuche und mannigfaltige Vorschriften in den Zehntordnungen. An vielen Orten ist die Abgabe in eine feste Geldrente verwandelt oder wird das Getreide nicht in Garben, sondern eine Quantität ausgedroschener Körner geliefert (Sackzehnte). Da die meisten Vorschriften einen lediglich reglementarischen Charakter haben, sind hier nur noch einzelne Punkte zu erörtern:

1. Der Zehnte ist eine persönliche Verpflichtung des Grundbesitzers, die betreffende Quote der Erzeugnisse zu geben; dieselbe wird nicht dadurch alterirt, daß der Zehntherr in den meisten Fällen

---

[5]) Purgoldt II. 85 schreibt, daß man den Zehnten in Hessen, am Rhein, in der Wetterau und sonst giebt; aber Bonifacius habe die Thüringer nur zu dem Hundertsten von den Feldfrüchten bewegen können.

[6]) Vgl. auch Baden'sches Landr. 710**.

[7]) Eine Ausnahme, welche schon der Driburger Rechtsbrief von 1345 (Gengler Stadtrechte S. 89) macht.

die Erzeugnisse sich aussucht und abholt[8]). Verpflichtet ist derjenige, welcher die Nutzungen des Grundstücks zieht[9]), also je nach Umständen der Eigenthümer, der sog. dominus utilis oder bei verpachtetem Land der Pächter. Im allgemeinen haftet der Singularsuccessor nicht für die Rückstände des Vorgängers[10]). Der kanonische Grundsatz, daß die Last auf den Früchten hafte und daß bei deren Veräußerung sich der Zehntherr an den Erwerber halten dürfe[11]), kann jetzt nicht mehr gemeinrechtliche Geltung beanspruchen[12]).

2. Das Recht des Zehntherrn ist von dem Ertrage abhängig[13]); an sich besteht für den Zehntpflichtigen kein Zwang, das Gut auch wirklich zu bestellen[14]); indessen kann er aus besonderen Gründen, z. B. weil der Gutsherr das Recht auf den Zehnten hat, oder gesetzlich dazu verpflichtet sein[15]). Ebenso wenig kann der Zehntherr

---

[8]) Anders v. Savigny System II. S. 378 N. e I: der Zehnte sei häufig ein jus in re, „nämlich das Recht, von bestimmten Aeckern die 10. Garbe abzuholen, ohne positive Verpflichtung des Zehntpflichtigen, von seiner Seite irgend etwas zu thun."

[9]) Vgl. auch oben § 102 N. 3.

[10]) C. Max. Bav. II. 10. § 4. no. 7 und oben § 102 N. 7 ff.

[11]) c. 28 X. III. 30: fructus autem ipsos alienari posse non credimus, nisi cum onere decimarum.

[12]) Er wird ausdrücklich ausgeschlossen im Baden'schen Ldr. art. 710 ᵉᵛ: „Wer seine Früchte unverzehndet einheimst, an dessen sämmtliche in solchem Jahr eingeerntete Früchte kann sich der Zehendherr wegen des Ersatzes mit gleichem Recht halten, als ob er darauf Pachtschilling zu fordern hätte; keineswegs aber an das Gut selbst noch an dritte Besitzer desselben." — Doch behaupten Viele (z. B. Hagemann Landwirthschaftsrecht § 264, Eichhorn § 254. IV, Mittermaier § 185 N. 18, Bluntschli § 95. no. 4), daß die Zehntlast auf dem Gut und den Früchten ruhe. — Vgl. aber Maurenbrecher § 336 N. 1.

[13]) Von einem Recht auf Remission kann natürlich nur die Rede sein, wenn der Zehnte nicht in natura, sondern als feste Quantität von Früchten (Sackzehnte) oder Geld geleistet wird, Pr. Ldr. II. 11. § 930, 936.

[14]) Maurenbrecher § 336 N. 4, v. Gerber § 190 N. 14, Beseler § 192. N. 21, Gengler Lehrb. S. 330. — Baden'sches Landr. 710ᶜᵗ.

[15]) Der Zehntherr hat bei Nicht-Kultur des Guts nach Part. Rechten ein Recht auf Entschädigung, vgl. Reyscher I. § 277 N. 3 (Württ. VO. v. 1663), Grefe II. S. 338, Heimbach § 367 N. 6. — C. Max. Bav. II. 10. § 9: der Pflichtige kann zur Kultur und zum Schadensersatz angehalten werden, wenn er den Anbau aus bloßer Neidsucht oder absichtlich zum Schaden des Zehntherrn unterläßt. — Vgl. auch Strube Bedenk. III. no. 77. Nach Preuß. Ldr. II. 11. § 884 kann bei Nicht-Kultur aus Nachlässigkeit oder unordentlicher Wirthschaft der

den Pflichtigen nöthigen, das Gut in der bisherigen Weise zu kultiviren, damit ihm der Zehnte in der bisherigen Qualität und Quantität geleistet werde[16]).

3. Wird Land, welches seit undenklichen Zeiten nicht beackert war[17]) oder keinen Ertrag gegeben hatte, unter den Pflug gebracht (Neubruch), so ist von den Früchten der Zehnte (Rott-, Noval-, Neubruch-Zehnte) nur unter der Voraussetzung zu leisten, daß das Land in einer Flur liegt, welche dem allgemeinen Zehntrecht (decimae universales) unterworfen ist. Besitzt in dem betreffenden Bezirk die Kirche das Zehntrecht, so ist der Novalzehnte auch an sie zu leisten[18]);

Zehntberechtigte die Güter in Kultur nehmen und hat der Zehntpflichtige keinen Anspruch auf die Früchte.

[16]) Gengler Lehrb. S. 330 f., Mittermaier § 187. II, Walter § 532 N. 6. — Tiroler Weisth. III. S. 359 Z. 35 ff. — Baden'sches Landr. 710[ct]. — Manche behaupten das Gegentheil und begnügen sich nicht mit dem natürlichen Satz, daß der Zehnte jetzt von den neuen Fruchtarten geleistet wird, sondern wollen auch den Zehntherrn entschädigen, wenn er bei der Kulturänderung weniger Revenüen erhält; so Eichhorn § 254. IV, Spangenberg Erörter. I. no. 35, Friedlieb S. 269 ff., auch solche Schriftsteller, welche im Falle der unterlassenen Bestellung keinen Zwang eintreten lassen, wie Maurenbrecher § 336, v. Gerber § 190 N. 14, Beseler § 192 N. 22. — Solche abweichende Bestimmungen im Preuß. Ldr. II. 11 § 885, 886, vgl. auch 881 ff. und bei Reyscher I. § 277 N. 2 und 4 vgl. mit § 276 N. 2, Mittermaier § 187 N. 16, Gengler Lehrb. S. 331 f.

[17]) So bestimmt auch die Ansbachische VO. v. 1584 (Arnold II. S. 9 ff.), daß kein Novalzehnte zu leisten ist, wenn Wiesen in Ackerland verwandelt werden, sondern nur wenn unfruchtbare Gründe, Waldungen u. s. w., so seit Menschengedenken nicht gebaut oder genossen worden, kultivirt werden. — Aehnliche Bestimmungen bei Gengler Lehrb. S. 327 f.; Baden'sches Ldr. 710[bc]. — Nach sächs. R. (Haubold § 486 N. m) ist der Zehnten nur zu leisten, wenn das Land schon früher einmal kultivirt und zehntpflichtig gewesen ist.

[18]) Vgl. geschichtliches bei Grimm Rechtsalterthümer S. 524, Beseler der Neubruch 1868. S. 21 f., Tirol. Weisth. III. S. 359 Z. 41 ff. — Strube Bedenken I. no. 100, Nebenst. V. no. 35. § 10 ff. S. 219 ff., Thomas I. S. 308 ff., Pufendorf obs. III. no. 131., Bülow u. Hagemann III. no. 33 mit besonderer Beziehung auf die verschiedenen Hannover'schen Landestheile), Runde Beyträge I. no. 14. S. 423, Weber Handbuch des Lehnrechts II. 1808. S. 417—440. — Ueber Ansbach Arnold Beiträge II. S. 54—61. — Nach dem Baden'schen Landr. 710[bb] steht gesetzlich dem Ortspfarrer der Neubruchzehnte zu, wenn er den kleinen Zehnten auf der Gemarkung hat.

oft ist jedoch der Pflichtige, gewissermaßen zur Belohnung für die Kultivirung des Landes, noch für eine Reihe von Jahren befreit[19]). In früheren Jahrhunderten bestritten übrigens die Landesherrn vielfach der Kirche das Recht auf den Novalzehnten und nahmen ihn für sich in Anspruch, im Zusammenhang mit der Theorie, daß wüst liegendes Land dem Landesherrn gehöre (vgl. § 91 N. 1 ff.)[20]); auch forderten ihn die Gutsherrn von dem durch ihre Bauern kultivirten Neubruch[21]).

Nachdem die Zehnten für ablösbar erklärt worden sind, darf in den betreffenden Ländern kein Novalzehnte mehr gefordert und sollen überhaupt keine neuen Zehnten mehr begründet werden[22]).

Die Bannrechte, in Folge deren der Berechtigte fordern durfte, daß die Einwohner eines bestimmten Bezirks gewisse Bedürfnisse des Haushalts und des wirthschaftlichen Lebens bei Niemand anders als bei ihm befriedigen, werden oft im Zusammenhange mit den Reallasten behandelt. Wir übergehen sie in dem System des deutschen Privatrechts, da sie dem Verwaltungsrecht und zwar dem Gewerberecht angehören und überdies fast ganz aufgehört haben ein Bestandtheil des Rechts der Gegenwart zu sein*). Doch ist zu bemerken, daß ähnliche Beschränkungen im neueren Recht den Gegenstand einfacher obligatorischer Verhältnisse bilden (vgl. unten III § 166 N. 19).

---

19) Preuß. Ldr. II. 11. § 890—93; andere Gesetze bei Gengler Lehrb. S. 329.

20) Ueber Württemberg im 16. Jahrh. v. Wächter I. S. 168, Reyscher § 276 N. 8. ff.; andere Nachweisungen bei Mittermaier § 188 N. 5, 6, Maurenbrecher § 335 N. 16, Gengler Lehrb. S. 328.

21) z. B. Steinacker S. 526 f.

22) z. B. Preuß. Gesetz v. 2. März 1850 § 35, Heimbach § 367 N. 8, Gengler Lehrb. S. 329. — Gesetze über Ablösung der Zehnten vgl. unten § 136 IV.

*) Ihre Aufhebung: Preußen Edikt v. 28. Okt. 1810: Aufhebung des Mühlenzwangs, des Bier- und Branntweinzwangs; die Preuß. Gewerbe-O. v. 1845 hebt eine weitere Anzahl von Bannrechten auf und spricht für andere die Ablösbarkeit aus; das Ges. v. 31. Mai 1858 hebt das Bannrecht des Abdeckers auf, „von den Einwohnern eines gewissen Bezirks die Ueberlassung des gefallenen oder abständig gewordenen Viehs zu fordern"; Pr. Gesetz v. 17 März

Fünftes Kapitel. Das Pfandrecht.

Erster Abschnitt. Geschichte.

§ 106. Im Mittelalter[1]). — Die ältere Satzung.

Der älteren Zeit fehlte ein einheitlicher Begriff des Pfandrechts. Als Pfand bezeichnete man Sachen, welche in verschiedener Veranlassung und auf verschiedenem Wege aus dem Besitz einer Per-

---

1868 und endlich noch weitere Aufhebung in Betreff des Abdeckereigewerbes durch Gesetz v. 17. Dez. 1872. — Oestreich: Unger II. S. 272, Randa Besitz S. 540 f. N. 37. — Sachsen: Haubold § 365. N. d u. g, § 368 N. h ff., § 447[b]. — Württemberg: Ges. v. 8. Juni 1849. — Hannover: Grefe II. S. 321. I. II. — Kurhessen: Platner § 66. — Braunschweig: Steinacker S. 326. — Schwarzburg-Sondershausen: Ges. v. 2. Juli 1857, 14. Nov. 1865, 15. Jan. 1870. — Sachsen-Weimar: Ges. v. 19. April 1865. — Reuß j. L.: Ges. v. 22. Dez. 1873. — Vgl. auch im allgemeinen Rösler Verwaltungsrecht I. § 170, 171; Stein Verwaltungslehre VII. S. 249 ff., — Allgemeine Aufhebung resp. Ablösbarkeit durch die Reichsgesetzgebung: Reichs-Gewerbe-Ordnung v. 1869 § 2, § 7—10. Thöl Handelsrecht I. (6. Aufl.) § 46. I. II.

Literatur: Beseler § 212, v. Gerber § 156 N. 3, Gengler Lehrb. S. 357 ff., Priv.R. § 82, 83, 85, Walter § 491 ff., Reyscher I. § 251—253, v. Wächter II. 319, Roth B. III. § 241, Platner kurhess. Sachenrecht S. 316 ff. und weitere Werke über deutsches oder partikuläres Privatrecht. — Duncker in d. Ztsch. f. d. R. II. 2. S. 68 ff., Randa Besitz S. 539 f. N., 623 ff., R. Schmid im Arch. f. civ. Praxis XLIV. S. 12, Anschütz in dems. Arch. LIV. S. 407—415 (er macht darauf aufmerksam, daß in veränderter Gestalt der Begriff in der Gegenwart fortlebt: Gemeindeschlachthäuser, Zwangsbacköfen, in denen Jeder aus der Gemeinde, welcher schlachten oder backen will, diese Verrichtungen vorzunehmen hat). — Blätter f. Rechtspfl. u. Verwaltung in Thür. u. Anh. XX. S. 63 ff., Entsch. d. ROHGer. XVI. S. 95 ff.

[1]) Albrecht Gewere S. 130—157. — v. Madai die Satzung des älteren deutschen, insbesondere des sächs. Landrechts und ihre Fortentwickelung, Zeitschr. f. d. R. VIII. S. 284—325. — Bubbe das Verhältniß der ältern deutschen Satzung zum Eigenthum, insbesondere nach dem Systeme des Sachsenspiegels, daselbst IX. S. 411—439. — M. Neumann Gesch. des Wuchers in Deutschland. Halle 1865. S. 180 ff. — v. Meibom das deutsche Pfandrecht Marb. 1867 (dazu Stobbe in d. krit. Viertelj.-Schrift IX. 2. 1867. S. 285 bis 322). — Sohm über Natur u. Geschichte der modernen Hypothek 1877 (in Grünhuts Ztsch. V. S. 1 ff.) — Franken das französische Pfandrecht im Mittelalter I. 1879 (dazu Kritik von Heusler in Goldschm. Ztschr. XXV. S. 411—421). — Kohler pfandrechtliche Forschungen 1882.

Für Hamburg Baumeister I. S. 169 ff., Lübeck Pauli Abhandlungen

son in den Besitz einer andern übergingen. Das Pfand kann dem früheren Besitzer durch den Richter oder durch eine andere Person abgenommen (Pfändung) oder von ihm freiwillig gegeben sein. Durch die einseitige Abnahme oder durch die freiwillige Ueberlieferung des Pfandes findet in manchen Fällen nur eine Willensmanifestation statt, des Nehmenden, welcher dadurch erklärt, daß er ein Recht habe, — des Ueberliefernden, welcher anerkennt verpflichtet zu sein; für diese Zwecke reicht als Pfandobjekt eine Sache von geringerem Werth hin. In andern Fällen soll aber ein Objekt von größerem Werth in den Besitz des Empfängers übergehen, um dessen Vermögensansprüche gegen den andern zu decken. Erst später wird die Sicherung der Forderung auch dadurch bewirkt, daß der Verpflichtete ohne Uebertragung des Besitzes dem Berechtigten gewisse Objekte als sein Pfand bezeichnete[2]).

Das Pfandrecht hat in Deutschland die mannigfachsten Phasen durchgemacht[3]). Nachdem es sich zunächst in einer vom römischen

IV. S. 129 ff., Stralsund Fabricius das älteste Stralsundische Stadtbuch 1872. S. 270—276, Bremen Höpken das Bremische Pfandrecht am liegenden Gut, im Bremischen Jahrb. VII. 1874. S. 68 ff. — Warnkönig flandrische Rechtsgesch. III. S. 85—88. — Aubert Kontraktspantets historiske Udvikling isaer i dansk og norsk Ret. Kristiania 1872 und darüber das Referat von K. Maurer in d. krit. Viertelj.-Schr. XV. S. 237—251. — Ueber das alte schwed. R. v. Amira nordgermanisches Obligationenrecht I. 1882 S. 193 ff.

[2]) v. Meibom S. 31 erklärt es für richtiger, von der Aufstellung eines allgemeinen Pfandrechtsbegriffs für das deutsche Recht abzusehen. In der That umfaßt seine Definition: „ein Recht, welches Jemandem an Bestandtheilen des Vermögens eines Andern zu dem Zwecke eingeräumt wird, ihm Sicherheit dafür zu gewähren, daß in sein Vermögen ein bestimmter Werth aus dem Vermögen des Andern oder eines Dritten werde übertragen werden“, nicht „die Pfändung und alle Arten der Satzung“. Denn eingeräumt wird dies Recht nicht immer, sondern bei der Pfändung durch Selbsthülfe gewonnen. Auch wird nicht immer wegen eines künftigen Erwerbs gepfändet. Ueberdies harmonirt der Begriff nicht mit v. Meibom's Ansicht von der Satzung als Tauschgeschäft, wonach der Pfandbesitzer gar keine Forderung, kein Recht auf Uebertragung eines Vermögenswerths haben soll.

[3]) Von dem durch Selbsthülfe genommenen Pfand ist oben I. § 70 gehandelt worden; da wir von dem ältern Pfandrecht nur in privatrechtlicher Beziehung zu sprechen haben, übergehen wir das vom Richter im Arrest- oder Exekutionsverfahren genommene Pfand und verweisen in dieser Rücksicht auf die sehr eingehende Darstellung v. Meibom's.

Recht durchaus verschiedenen Struktur entwickelt hatte, erfuhr es ohne fremden Einfluß wesentliche Umbildungen, wurde dann zur Zeit der Reception an vielen Orten den römischen Grundsätzen nach verschiedenen Richtungen hin unterworfen und hat sich in neuester Zeit wieder zu einem von dem römischen Pfandrecht total verschiedenen Institut gestaltet, welches von der Gesetzgebung in freier Weise normirt wird, aber doch manche Elemente aus den für das altdeutsche Pfandrecht und für den Rentenkauf geltenden Rechtsgrundsätzen aufnimmt.

Mit denselben Ausdrücken, welche man später für Pfandsachen und Pfandrecht gebrauchte, besonders mit dem Ausdruck wadium bezeichnete man in alter Zeit Gegenstände von geringem Werth[4]), welche Einer dem Andern als Symbol, als Zeichen für die Ernst-

---

[4]) Oben I. § 70 N. 10, 23. Daß wadium in solchen Anwendungsfällen eine festuca sei, vgl. Sohm Prozeß der Lex Salica S. 19 N. 2, 221 N. 3 und in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. V. S. 430 N. 12, Wach Arrestprozeß S. 3 N. 4, S. 10 N. 19. Indessen wenn dies in vielen Fällen richtig ist, so darf man doch nicht beides identificiren; auch andere Dinge wurden als wadium gegeben, vgl. auch Thevenin contributions à l'histoire du droit germanique. Paris 1880 p. 33 ff. — Noch in einem schwäb. Weisth. v. J. 1505 (Grimm Weisth. VI. S. 235. § 57) heißt es, daß der Beklagte, welcher die Schuld bekennt, aber im Augenblick nicht bezahlen kann, dem Gläubiger verpfänden soll mit ainem scheinpfand, es sei mit ainem pfenning, kreuzer, messer oder mit ainem pfrömen oder wo mit er will. Aehnlich Weisth. v. 1484. § 4 (Grimm VI. S. 280): der Beklagte soll den Gläubiger verpfänden mit einem messer oder was das ist. — v. Meibom S. 257 erwähnt nur beiläufig unter Berufung auf Walter's Rechtsgeschichte § 564, 567, daß oft „Gegenstände ohne besondern Werth als vadium, zum Wahrzeichen des Vertragsabschlusses" hingegeben wurden; vgl. darüber auch unten III. § 165.

v. Meibom S. 248 ff. stellt eine besondere Kategorie der Verpfändung auf „Satzung als Strafgeding" und versteht darunter solche Fälle, in denen der Vertrag darauf geht, „daß das gesetzte Pfand, wenn ein gewisses Ereigniß eintritt, dem Geber zurückgegeben, dagegen, wenn dies Ereigniß nicht eintritt, dem Empfänger zur Strafe verfallen sein soll". Indessen ist eine Anzahl der von ihm dafür angeführten Stellen einfach in dem Sinne zu deuten, daß hier ein Pfand als Zeichen der Verbindlichkeit hingegeben ist, vgl. auch Wach S. 3 N. 4; die andern Stellen enthalten entweder eine gewöhnliche Verpfändung oder handeln von einer arrha oder Conventionalstrafe, welche hier hereinzuziehen keine Veranlassung ist; vgl. auch gegen v. Meibom: Goldschmidt Handb. des Handelsrechts I. S. 919 N. 35.

lichkeit seines Willens, seiner Handlung, Behauptung, seines Versprechens, für die Anerkennung einer Verpflichtnng u. s. w., aber auch als Zeichen dafür übergab, daß er eine Strafe verschuldet habe[5]).

Daneben kamen aber auch schon in alter Zeit wirkliche Pfandgeschäfte vor, indem der Schuldner dem Gläubiger ein Vermögensobjekt überliefert, welches ihm Sicherheit für die Bezahlung der Schuld oder Erfüllung der Verbindlichkeit leisten soll. Und zwar wurden nicht bloß Mobilien (servus, equus)[6]), sondern auch Grundstücke[7]) verpfändet: in beiden Fällen kam das Pfand in den Besitz des Gläubigers. Nur nach langobardischem Recht war es, wohl zu Folge römischer Einflüsse, auch gebräuchlich, daß der Schuldner in einer Urkunde (cautio) dem Gläubiger einzelne Vermögensobjekte bezeichnete, welche er (der Schuldner) weiter besitzen, aber nicht veräußern dürfte und welche eventuell dem Gläubiger zu seiner Befriedigung dienen sollten[8]).

Wegen des Mobiliarpfandrechts verweisen wir auf die aus-

---

[5]) Es ist hier auch zu denken an das „Gewebbe" in der Zeit der Rechtsbücher und an das Pfandgeben bei unsern Pfänderspielen.

[6]) L. Alam. 89. § 1, 2, L. Baiw. 17. 3, L. Fris. add. Sap. VIII. § 1, 2.

[7]) in fiduciae nexum ponere, infiduciare Ed. Roth. 173, 174, L. Liutpr. 58. — Nach fränkischen Urkundenformeln (Rozière no. 374—376) übertrugen Schuldner ihre Grundstücke an die Gläubiger mit dem Recht, während des Bestehens der Schuld und des Pfandrechts die Früchte zu ziehen: ut usque annos tantos fructum, quem ibidem Deus dederit, ad parte tua ..... habere debeas (no. 374). — Urkunden über konkrete Pfandgeschäfte finden sich in größerer Zahl seit dem 8. und 9. Jahrhundert in Italien und in Frankreich; Sohm S. 13 N., Brunner in Goldschm. Ztschr. XXII S. 70 ff., 108 ff., Kohler pfandrechtliche Forschungen S. 82 ff., 90 ff.

[8]) L. Liutpr. 67: hat der Schuldner sich nur des allgemeinen Ausdrucks bedient: in quibuscumque rebus ipsius invenire potuerit (also wohl Generalpfandrecht; vgl. über die Stelle Val de Liévre Launegild und wadia. 1877 S. 206 ff.), und verkauft er darauf etwas von seinen Sachen, so wird der Käufer Eigenthümer. — Tomaschek Rechtsentwicklung von Trient S. 11 (Wiener Sitzungsberichte XXXIII. 1860. S. 349) führt Trienter Urkunden aus dem 12. u. 13. Jahrhundert an, in welchen nach seiner Meinung Hypotheken an Grundstücken bestellt sind. Doch wird in mehreren Urkunden ausdrücklich gesagt, daß der Gläubiger besitze, in andern es wenigstens nicht negirt; und wo in der That eine Hypothekbestellung sich findet, ist dieselbe wohl auf römisches Recht zurückzuführen.

führlichere Behandlung im Mobiliarsachenrecht und stellen hier nur kurz einzelne Sätze über dasselbe zusammen, um die Vergleichung mit dem Immobiliarpfandrecht zu erleichtern.

Der Gläubiger erlangt ein Pfandrecht an einer Mobilie durch Uebergabe; es giebt an Mobilien nur ein Faustpfand; die Hypothek ertheilt ihm keinen Vorzug vor andern Gläubigern, welche dasselbe Objekt zu ihrer Befriedigung in Anspruch nehmen, und berechtigt ihn nicht, die Sache in dritter Hand zu verfolgen. Die Absicht bei Bestellung eines Pfandes ist bald, daß der Gläubiger sich allein an das Pfand zu seiner Befriedigung halten darf, bald, daß der Schuldner ihm, wenn das Pfand nicht hinreicht, persönlich auch mit dem übrigen Vermögen haftet. Bezahlt der Schuldner nicht seine Schuld, so spricht das Gericht dem Gläubiger nach einigen Rechten die Sache zu Eigenthum zu, nach andern ertheilt es ihm die Befugniß, sie zu veräußern, in welchem letztern Fall er dem Eigenthümer den Ueberschuß herauszugeben hat.

Das Pfandrecht an Immobilien, die sog. Satzung[9]) entwickelte sich zu verschiedenen Instituten[9a]); neben der sog. ältern Satzung, bei welcher der Gläubiger in den Besitz und die Nutzung des Grundstücks eingewiesen wurde, entwickelte sich besonders in den Städten

---

[9]) Ueber die Terminologie: Satzung, Pfand, Webde vgl. v. Meibom S. 22 N. 3, S. 23 ff.; über die französischen Termini Franken S. 23 ff. — Uebrigens werden für Pfandrecht und für das Verhältniß des in Schuldknechtschaft oder Geißelschaft (Einlager) sich befindenden Schuldners die Ausdrücke bisweilen promiscue gebraucht. Wie von dem Schuldner in Schuldknechtschaft gesagt wird, er befände sich in pignore, in wadio (vgl. Stobbe z. Gesch. d. deutschen Vertragsrechts S. 179 f., 188 f., Löning Vertragsbruch S. 194; vgl. auch Mon. LL. II. p. 370: quicumque jacebit in pignore), so heißt es in einer Urk. v. J. 1246 (Gaupp Stadtrechte I. S. 205; vgl. auch daselbst II. S. 158 N. 1), man habe ein Territorium im Besitz, in obstagio decem millium marcarum.

Vgl. auch die terminologische Zusammenstellung bei Fabricius S. 270 f. — Auch die Worte pignus und hypotheca werden promiscue gebraucht, z. B. Kraut § 102. no. 36.

[9a]) Es ist zweifellos, daß die sog. neuere Satzung sich nicht aus der sog. älteren entwickelt hat, sondern daß beide Institute unabhängig von einander ausgebildet sind. Doch behalten wir die seit Albrecht herkömmliche Terminologie

die sog. neuere Satzung, indem ohne Besitzübergang dem Gläubiger ähnlich wie bei der römischen Hypothek ein Grundstück als Exekutionsobjekt angewiesen wurde, um aus ihm, wenn der Schuldner seine Verpflichtung nicht erfüllt, Bezahlung oder Schadensersatz zu erhalten.

Jenes Institut erhielt sich längere Zeit auf dem Lande, wo der Kapital suchende Grundbesitzer einen Theil seiner Besitzung, den er bisher etwa durch seine Knechte hatte bestellen lassen oder an Hintersassen oder Pächter ausgethan hatte, demjenigen, welcher ihm das Kapital zahlte, zur Nutzung so lange überließ, bis er seine Schuld bezahlt haben würde. In den Städten dagegen, wo der Hauseigenthümer in eine üble Lage gerieth, wenn er das von ihm bisher bewohnte Haus dem Gläubiger übertragen sollte, und andererseits dem Kapitalisten damit nicht gedient war, wenn er das verpfändete Haus zur Nutzung übernehmen sollte, wurde das Pfandrecht ohne Besitzübertragung ausgebildet[10]). Doch gehört auch die ältere Satzung einzelnen Stadtrechten an[11]), theils weil manche Bürger auch Landgüter besaßen, theils weil natürlich auch mit Bezug auf Häuser solche Geschäfte abgeschlossen werden konnten.

I. Die ältere Satzung.

1. Der Eigenthümer giebt einem Andern ein Grundstück für so lange in Besitz und zur Nutzung (to bruckliken pande)[12]), bis

---

bei. Franken S. 204 schlägt statt derselben vor: Nutzungspfand und Proprietätspfand; vgl. auch Brunner Rechtsgeschichte der Urkunde I. S. 193 ff. In den französischen Quellen wird die sog. ältere Satzung durch engagement, die neuere durch obligation bezeichnet, Franken S. 26 ff., Kohler S. 138 ff.

[10]) Vgl. auch Pauli IV. S. 129 f., 134 ff. — Es ist daher nicht richtig, wenn Beseler § 95 zu N. 21 sagt, daß die ältere Satzung lange noch im Verhältniß zur neueren Satzung das gewöhnliche Geschäft blieb. Vgl. auch unten § 107 N. 1.

[11]) Für Bremen hatte man oft die ältere Satzung geleugnet; vgl. aber Höpken S. 72 ff.; über Lübeck Pauli S. 134 ff. Ebenso kommt sie vor in Dortmund (Dortm. Statt. III 25, Frensdorff S. 71: si in nostra civitate quis bona sua hereditaria aliquibus ad redimendum obligasset pro nominata pecunie summa), in Riga (v. Bunge Riga S. 223, 264 ff.). In den Kieler Stadtbucheinträgen (Hasse Kieler Stadtbuch) findet sich gleichfalls bisweilen die ältere Satzung, z. B. no. 421, 427, 446, 486.

[12]) Kraut § 102. no. 39.

er ihm die Summe bezahlen oder sonstige Leistung thun wird, zu welcher er ihm verpflichtet ist: der Eigenthümer überträgt auf den Gläubiger die Gewere des Guts[13]). Es waren die mannigfaltigsten Geschäfte und causae debendi, welche die Veranlassung zur Satzung eines Grundstücks werden konnten[13a]). Hat der Eigenthümer seine Verbindlichkeiten erfüllt und insbesondere auch dem Gläubiger seine etwaigen Meliorationen ersetzt[14]), so soll letzterer das Gut restituiren.

Die Satzung stellt nicht bloß die Forderung sicher, sondern gewährt dem Gläubiger auch das Nutznießungsrecht; sie ist nicht ein bloßes Accessorium seiner Forderung, sondern ein selbständiges Recht des Gläubigers[14a]), welcher durch seine Leistung, besonders durch sein Darlehen das Nutzungsrecht des Grundstücks erworben hat[14b]).

2. Die ältere Satzung war dem Kauf auf Wiederkauf verwandt, darf mit ihm aber nicht identificirt werden. Beim Kauf auf Wiederkauf giebt der Eigenthümer sein Eigenthum auf und hat nur den obligatorischen Anspruch, das Grundstück gegen Zahlung einer bestimmten Summe gemäß den vertragsmäßigen Modalitäten, besonders innerhalb der festgesetzten Zeit, zurückzuerwerben[15]); bei der

---

[13]) Kraut § 102. no. 9, v. Meibom S. 340 ff. und die Stellen oben § 72 N. 15 über die Satzungsgewere. — Daß der Eigenthümer keine Gewere zurückbehält, vgl. Stobbe Gewere S. 464 ff. und v. Meibom S. 357 f.; Beseler I. § 95 N. 8 nimmt noch neben der Satzungsgewere eine Gewere des Eigenthümers an.

[13a]) Kohler S. 118 ff.

[14]) Bei der Verpfändung von Burgen wurde oft verabredet, wie viel der Gläubiger verbauen dürfe, z. B. Urk. v. 1325 (Höfer deutsche Urkk. II. no. 96): dem Erzbischof von Köln ist von Salentin v. Isenburg eine Burg verpfändet; unde mugen, of es uns gut dunchet, 100 mark unde niht me ... verbowen an Rynemuren unde an Graben des Houses. Verbowen wir iht me, des enwer uns Salentin ... niht schuldig ze gelten unde die 100 Mark sal man uns unde unserm Stichte von Colne gelten .... e man dat Houz unde dat Gut wider antvorde, — Schröder Urkk. no. 204 (182), v. Meibom S. 365, Kohler S. 243 ff. — Den Ersatz der regelmäßigen Kulturkosten darf der Gläubiger nicht fordern, Brünner Schöff.-B. 334.

[14a]) Er hat sein Vermögen auf pfantschaft angelegt, Schröder Urkk. no. 275.

[14b]) Franken S. 200.

[15]) Ueber das Rückkaufsrecht vgl. unten III. § 175 N. 13 und Franken I. S. 275 ff. Ueber das langob. Recht Val de Lièvre S. 27 f., 31 ff., über das alt-schwedische Recht v. Amira I. S. 207 f.

Satzung blieb man sich aber immer dessen bewußt, daß der Gläubiger eine nicht ihm, sondern seinem Schuldner gehörige Sache besitzt[16]). Daher konnte man auch verabreden, daß der Pfandgläubiger Eigenthümer werden solle, wenn der Schuldner die Schuld nicht in bestimmter Zeit bezahlt und dadurch das Pfand einlöst (N. 30). Bisweilen allerdings ist in concreto die Entscheidung schwierig, ob eine Satzung oder Kauf auf Wiederkauf beabsichtigt war; denn auch da, wo das Grundstück versetzt ist, brauchte man bisweilen Wendungen welche auf einen Kauf zu deuten sein würden[17]).

3. Die Verabredungen bei Begründung einer Satzung waren

---

[16]) Ueber den Unterschied beider Geschäfte Homeyer Sachsensp. II. 2. S. 347; er führt eine Urk. v. 1369 an, nach welcher eine bisherige Satzung in Kauf auf Wiederkauf verwandelt wird. Besonders interessant ist die Urk. des Bischofs v. Lüttich aus dem J. 1063 bei Waitz Urkk. z. dtschen Vf.-Gesch. 1871 no. 1: Graf Bruno v. Hengebach, welcher von der Kirche ein Darlehn erhalten hat, sue libertatis predium in H. tradidit et a se in jus et possessionem ecclesie transire fecit . . ., ut tam diu ecclesia jam dictum predium securo et quieto jure possideat, donec quilibet ipsius B. heres legitimus . . . . predicte pecunie summam ex integro restituat; interim ecclesia jam dictum predium libere teneat per dominum (zweifellos ist zu lesen: dominium), non tamen quasi datum pro commodata pecunia vademonium; man will kein Pfandrecht, sondern Kauf auf Wiederkauf; da die Hingabe der Summe wirthschaftlich ein Darlehn ist, verwahrt man sich ausdrücklich dagegen, daß das Grundstück zu Pfand gegeben sei. — Urk. v. 1306 (Stenzel Gründungsbuch des Kl. Heinrichau S. 208): der Pfandgläubiger darf das Pfand vom Schuldner kaufen. — Ueberhaupt v. Meibom S. 358 ff. — Zu beachten ist auch, daß in Bremen Verpfändungen vor dem Rath, Verkäufe, also auch Verkäufe auf Wiederkauf, vor dem Vogt erfolgten, Höpken S. 87. — Bereits die Churköln. Reform. bei Maurenbrecher rheinpreuß. Prov. Rechte I. S. 372, 73 protestirt gegen die Vermischung beider Rechtsgeschäfte.

Verwandt der Auffassung als Kauf auf Wiederkauf ist die Ansicht v. Meibom's S. 264 ff., welcher in diesen Fällen die Satzung als Tauschgeschäft bezeichnet und meint, daß der Pfandbesitzer regelmäßig kein Forderungsrecht hatte. Vgl. dagegen Stobbe Krit. Viertelj. Schr. IX. S. 291 ff., Goldschmidt Handbuch I. S. 904 N. 1, Höpken S. 84 ff., Sohm S. 9 N. 12, Kohler S. 96 ff., 115, 117 ff., 128 ff. Der Umstand, daß der Schuldner berechtigt, aber nicht verpflichtet zur Einlösung war, widerlegt nicht die Existenz eines Forderungsrechts auf Seiten des Pfandbesitzers.

[17]) Z. B. man sagt vom Schuldner, welcher das Pfand einlöst, er kaufe es zurück, z. B. Stralsunder Stadtb. S. 122 no. 160 und die Zusammenstellung von Fabricius S. 266; Recht von Dortmund in N. 11.

sehr mannigfach und näherten dieselbe in einzelnen Fällen anderen Rechtsverhältnissen an. Wenn im allgemeinen der Pfandbesitzer die Nutzungen zu seinem Vortheil ziehen durfte[18]), als Aequivalent für die entzogene Nutzung seines Kapitals, gewissermaßen als Zinsen desselben, so kommt es doch auch vor, daß er, wahrscheinlich bei einem Mißverhältniß zwischen der Höhe der Schuld und dem Werth des Grundstücks und seiner Nutzungen, dem Eigenthümer einen Zins zu zahlen hat[19]), wodurch das Rechtsverhältniß der Pacht oder Erbpacht verwandt wird. Oder er soll die Sache jährlich nur bis zu einer gewissen Höhe (entsprechend der Rente des hingegebenen Kapitals) nutzen[20]).

Oder der Satzungsgläubiger überträgt den Besitz und die Nutzungen auf den Eigenthümer zurück, der sie jetzt zu abgeleitetem Recht hat; er läßt den Schuldner in dem verpfändeten Hause wohnen und erhält von ihm einen Miethszins, welcher die Funktion von Zinsen hat[21]), oder er überträgt ihm das Gut zu getreuer Hand[22]) oder zu Lehen[23]). In solchen Fällen kommt das Gesetz der neueren

---

[18]) Der Gläubiger kann das Grundstück auch verpachten, statt selbst die Nutzungen zu ziehen. Für den Fall der Collision der Rechte des Eigenthümers und des Pächters enthält das Bremer Urtheil (bei Oelrichs S. 155, 156) die auffällige Entscheidung, daß wenn vor Ablauf der Pachtzeit der Eigenthümer das Gut einlöst, der Pächter es nicht aufzugeben braucht, sondern jetzt den Pachtzins an den Eigenthümer zu zahlen hat. — Oefter wird das verpfändete Grundstück an einen Salmann gegeben, Höfer Urkk. II. no. 178, 190 (v. J. 1335 u. 1336) und v. Meibom S. 361 N. 313.

[19]) Z. B. Stenzel Heinrichauer Urk. B. S. 199, 211 v. J. 1301 und 1310; Kohler S. 164 f.

[20]) Kohler S. 103 ff. — Ital. Urk. v. J. 882 bei Kohler S. 86 f.: Nutzpfand zur Hälfte mit Theilung von Nutzung und Ertrag.

[21]) Stralsunder Stadtb. S. 14 no. 202, S. 114 no. 23; Pauli IV. S. 133, Kohler S. 234. — Bereits aus dem J. 809 eine ital. Urk. bei Kohler S. 85 f.

[22]) Z. B. Höfer Urkk. II. no. 42. a. 1316: Der Graf v. Gleichen verpfändet der Stadt Erfurt eine Grafschaft: daz wir die selbin Leinschaft den erberen Burgeren czu Erfort czu getruwer Hant sullen und wollen voreháldin an allerleie argelist unde damit nicht tun sollen noch in wollen, wen swaz sie heizin; vgl. auch no. 92, 116 v. J. 1324 und 1327.

[23]) Böhmer C. D. Moenofr. I. p. 57. a. 1232: bona mea . . . cognato meo Ulrico . . . . . pro XX marcis col. titulo pignoris obligavi et . . ipsa bona ab eo recepi sub castrensis beneficii nomine possidenda.

Satzung nahe, bei welcher der Gläubiger gar keinen Anspruch auf Besitz und Nutzungen hatte[23a]).

Nach einer andern Richtung wurde das Satzungsrecht dadurch modificirt, daß der Gläubiger die Nutzungen nicht gewissermaßen als Rente für sein Kapital bezog, sondern auf das Kapital anrechnen mußte; so wurde die Schuld allmählich abgetragen und der Gläubiger mußte das Pfand herausgeben, wenn die Nutzungen die Höhe des Kapitals erreicht hatten: sog. Todsate, Satzung um die Forderung zu tilgen, tödten[24]). Hier bedurfte es im einzelnen Fall besonderer Verabredungen darüber, wie die jährlichen Erträgnisse zu berechnen und wie viel in jedem Jahre von dem Kapital abzuziehen sei[24a]). Wenn auch einzelne Rechte[25]) unter dem Einfluß der kanonischen Wucherverbote[26]) allgemein die Anrechnung auf das Kapital gebieten, so konnte diese Richtung doch nicht durchdringen und es

---

[23a]) Besonders dann, wenn der Zins, welchen der Verpfänder zahlt, nur ein Recognitionszins ist, Kohler S. 234 f.

[24]) v. Meibom S. 399 f., M. Neumann Wucher S. 184, Franken S. 143 f., Kohler S. 130 ff., 136, v. Amira I. S. 201 f.; Lübische Urkunden bei Pauli IV. S. 136 N. 30, Citate bei Lewis Succession des Erben S. 104 N. 11. — Vgl. weiter z. B. Lacomblet II. no. 46. a. 1214, no. 529. a. 1263, Mone Ztschr. f. G. d. Oberrh. VI. S. 460. a. 1255, Kraut § 102 no. 37, Höfer deutsche Urkk. I. no. 156. a. 1333, Schröder Urkk. 297 (269).

In den französischen Quellen wird die sog. todsate als vifgage bezeichnet, während bei dem sog. mortgage der Pfandbesitzer nicht die Früchte zieht, Franken I. S. 7 ff., 123 ff.

In ähnlicher Weise kommt es auch bei der sog. neueren Satzung vor, daß der Gläubiger den Miethzins von dem verpfändeten Hause so lange erheben soll, Stralsunder Stadtb. S. 54 no. 289, oder daß er das verpfändete Bauergut in Besitz nehmen und so lange nutzen soll, bis dadurch die Schuld getilgt ist, Breslauer Libri signaturarum v. 1465. p. 29 (Ungedr.).

[24a]) Franken S. 184 ff., 186 ff., Kohler S. 111.

[25]) Brünner Schöffenb. c. 572 (Rößler S. 266 oben), Wiener Stadtr (Schuster) art. 146, 147, Purgoldt III. 55.

[26]) c. 1. X. V. 19 (Alexander III. a. 1180) gebietet in Betreff der Kleriker, welche Gläubiger sind: si sortem suam, deductis expensis, de fructibus jam percepit, absolute pessessionem restituat debitori. Si autem aliquid minus habet, eo recepto possessio libere ad dominum revertatur. — Dasselbe gilt ganz allgemein als kanonische Vorschrift, vgl. c. 2 u. c. 8 X. eodem und c. 6 X. III. 21. — Vgl. auch Franken S. 124, 126, 130 ff., 183 ff.

durfte der Schuldner regelmäßig den Abzug nur verlangen, wenn er ihn sich speziell ausbedungen hatte[27]).

Ebenso mannigfaltig waren die Verabredungen über die Zeit der Bezahlung des Kapitals und Einlösung des Pfandes. Neben dem Interesse des Schuldners sein Pfand wieder zu bekommen, war auch das Interesse des Gläubigers an dem Fortbezug der Nutzungen zu berücksichtigen: der Schuldner solle erst nach Ablauf einer bestimmten Reihe von Jahren, nach voraufgegangener Kündigung[28]), das Kapital zurückzahlen und das Gut zurückverlangen dürfen[29]); wenn die Auslösung in bestimmter Zeit nicht erfolge, solle sich in Folge der mora des Schuldners das Pfandrecht des Gläubigers in Eigenthum verwandeln[30]) u. s. w. Zu dieser letztern Wirkung bedurfte es immer einer kontraktlichen Verabredung[30a]) und diese selbst war, wo die Veräußerung nicht ohne Zuziehung der Erben erfolgen durfte, auch nur mit deren Genehmigung zulässig[31]). Fehlte eine solche Vereinbarung und löste der Schuldner sein Gut nicht in der bestimmten Zeit ein, so behielt es der Gläubiger weiter, aber nur als sein Pfand. Während im allgemeinen der Gläubiger kein Veräußerungsrecht des Guts hatte, durfte er nach einzelnen Rechten die Befriedigung aus dem Pfandobjekt fordern und von dem

---

[27]) System. Schöffenr. III. 276, Tomaschek Iglauer Oberhof S. 69 no. 59, Grimm Weisth. III. S. 272 § 20. — Um sich gegen die Anwendung der Wucherverbote zu sichern, verabreden auch die Contrahenten, daß die Früchte nicht abgezogen werden sollen, z. B. Guden III. 108. a. 1314, Kraut § 102 no. 35, 36; zahlreiche Urkunden bei Kohler S. 133 f.

[28]) Z. B. Kraut § 102 no. 38.

[29]) Z. B. Kraut § 102 no. 34 (= Quellen z. G. der Stadt Köln I. 594), Lacomblet II. no. 529. a. 1263, C. D. Silesiae. I. p. 36. a. 1353, Hegel Chroniken I. S. 27 a. 1385, vgl. auch Lewis Succession S. 105 N. 15—18; Kohler S. 123 ff. — Andererseits auch Kündigungsrecht des Gläubigers, Kohler S. 99 f. N.

[30]) v. Meibom S. 346 N. 268, Kraut § 102 no. 10, 41, Voigt Formelbuch S. 55, Stralsunder Stadtb. S. 54 no. 288, S. 105 no. 564, S. 116 no. 61, S. 119 no. 117, Wattenbach C. D. Siles. I. no. 125. a. 1454, Schröder Urkk. no. 268 (249), Brunner in Goldschm. Z. XXII. S. 72, Kohler S. 137, 139.

[30a]) Nach altschwed. Recht versteht sich ursprünglich der Verfall des Pfandes von selbst, v. Amira S. 203 ff.

[31]) Vgl. oben § 87 N. 35.

Richter, nach erfolgter Androhung an den Schuldner, sich zum Verkauf autorisiren lassen: überstieg dann der Erlös seine Forderung, so hatte er die hyperocha dem Schuldner auszuliefern[32]). Auch war er nach vielen Pfandverträgen befugt, die Pfandsache auf andere Personen zu übertragen, welche sie nun gleichfalls nutzten und dem Verpfänder gegen Zahlung der Schuld herauszugeben hatten[33]). In manchen Pfandverschreibungen erklärt der Schuldner von vorne herein, es solle forderungs- und nutzungsberechtigt nicht bloß der erste Gläubiger, sondern jeder legitimirte Inhaber dieser Pfandverschreibung sein[33a]).

4. Die Regel bildete es, daß die Satzung durch Auflassung vor dem Gericht oder Rath begründet wurde[34]), doch genügte an manchen Orten auch ein Privatakt[35]).

5. Der Gläubiger hat am Pfande ein dingliches Recht; veräußert der Eigenthümer das Grundstück, so bleibt das Pfandrecht bestehen[36]).

---

[32]) v. Meibom S. 346. — Magdeb. Recht f. Goldberg § 9: . . domum illam aut quamcunque hereditatem tribus vicibus et in tribus placitis . . . exhibere debet ad redimendum, et si debitor tunc eam redimere neglexerit, possessor eam vendere poterit. — R. v. Dießenhofen von 1260. § 29. (Gengler S. 83).

[33]) Merkel in d. Zeitschr. f. RG. II. S. 144 N. 123, Stobbe in Goldschmidt's Zeitschr. XI. S. 404, v. Meibom S. 348 ff., v. Stemann Schlesw. RG. I. S. 244, Höpken S. 80 f., Schröder Urk. no. 251 (1. Aufl.), Kohler S. 6 ff., 16 f., 235, 314, 342, Amiet Geldwucherer S. 250. — Dagegen wird die Veräußerung untersagt, Tomaschek Iglauer Oberhof S. 69. no. 58, 59.

[33a]) z. B. Würzb. Urk. v. J. 1429 bei Rosenthal Eigenthum in Wirzburg. Anhang S. 29 ff.: es werden gewisse Güter benannten Personen oder wer diesen brief mit iren guten willen innehat, verpfändet.

[34]) Die Rechtsvorschriften darüber sind nicht häufig, z. B. Sächs. Lehnr. 55. § 8: eine Satzung, so daß es helpende si, muß vor des Landes Richter erfolgen, vgl. mit § 6. — Rechtsb. n. Dist. I. 46. d. 4. — Verpfändung vor dem Rath in Lübeck (Kraut § 102. no. 30), in Bremen (Höpken S. 75); nach dem Baier. Landr. (Kraut § 102. no. 31) vor Gericht und in dem Gerichtsbuch, nach dem Münchener Stadtrecht 205 vor Gericht durch Verlassung oder durch gerichtliche Urkunde. — Ueber altschwedisches Recht v. Amira S. 218 f.

[35]) v. Meibom S. 321 ff., Warnkönig flandr. RG. III. S. 86, 87, Forel pays de Vaud p. 94 § 6. — Bloße Pfandverschreibungen z. B. bei Kohler S. 321, 322, 325, 327 f., 332, 336, 346.

[36]) Nürnberger R. v. 1219 § 4; für diesen Fall wurde öfter dem Pfand-

Dem Gläubiger war sein Forderungsrecht durch das Pfand, aber auch lediglich durch dasselbe sicher gestellt. Er konnte sich bei der ältern Satzung nur an dies Deckungsobjekt halten und nicht den Schuldner mit seinem übrigen Vermögen nebenher in Anspruch nehmen[37]). Verbrannte also beim Gläubiger das verpfändete Haus oder verschlechterte sich sonst kasuell das Pfand, so war der Schuldner nicht zur Bezahlung der Forderung verpflichtet, sondern hatte sich der Gläubiger lediglich an die Trümmer oder Reste des Pfandobjekts zu halten[38]).

6. Dieselben Grundsätze wie für Grundstücke, kommen auch für die denselben gleich gestellten Rechte zur Anwendung; so wenn Zehnten, Zölle, Einkünfte aus Städten, aus Aemtern, Renten, die Gerichtsherrlichkeit u. s. w. versetzt sind[39]).

§ 107. Die neuere Satzung und die spätere Entwickelung des Mittelalters.

II. 1. Ein ganz anderes, der römischen Hypothek verwandtes Geschäft ist die sog. neuere Satzung: indem der Schuldner im Besitz und Genuß seines Grundstücks bleibt, wird dem Gläubiger nur das Recht ertheilt, im Fall der Schuldner seiner Verpflichtung nicht nachkommt, das ihm verpfändete Objekt zu seiner Befriedigung zu verwenden. Der Gläubiger hat kein prinzipales, sondern nur ein accessorisches, sein Forderungsrecht sicher stellendes Recht an der Sache. Die Verpfändung gewährt ihm kein Aequivalent für die

---

gläubiger ein Vorkaufsrecht eingeräumt, z. B. Pauli IV. S. 142 N. 49, Stralsunder Stadtb. S. 60. no. 411, S. 122. no. 154, 166, S. 164. no. 351 Kohler S. 299 f.

[37]) v. Meibom Jahrb. v. Bekker u. Muther IV. S. 449 f., Stobbe in d. Krit. Viertelj. Schr. IX. S. 295 ff., v. Amira I. S. 205 f.; doch war nach späterem mittelalterlichen Recht der schwedische Schuldner noch zur Nachleistung verpflichtet, wenn das Pfand die Schuld nicht deckt, S. 207.

[38]) Stobbe z. Gesch. des Vertragsrechts S. 265 ff. u. krit. Viertelj.-Schr. IX. S. 308 ff. — Es bedarf nach Iglauer Recht (Tomaschek S. 71. § 68) der besondern Verabredung, daß der Schuldner noch weiter verpflichtet sein soll.

[39]) v. Meibom S. 296 ff., Kraut § 102. no. 12, 33—35; Belege in Stobbe die Juden in Deutschland S. 116 f.

entzogene Nutzung seines Geldes, sondern weist ihm lediglich ein für seine Befriedigung bestimmtes Exekutionsobjekt an[1]). Durch die Satzung wird anstatt durch Fronung oder Pfändung das Exekutionsverfahren bereits eingeleitet[1a]).

In den Städten war die ältere Satzung weniger im Gebrauch gewesen; hier wurde das entsprechende wirthschaftliche Bedürfniß durch den Rentenkauf erfüllt. Nicht das Nutzungsrecht an dem Grundstück, sondern eine Rente aus dem Grundstück erhält der Gläubiger. Aber die neuere Satzung ist ein wesentlich städtisches Institut[2]). War die ältere Satzung und der Rentenkauf ein regelmäßig auf längere Zeit berechnetes Geschäft, so wurden neuere Satzungsrechte gewöhnlich für in kürzerer Zeit zu tilgende Forderungen begründet.

Auch empfahl sich dies Institut besonders dadurch, daß es im Gegensatz gegen die ältere Satzung ermöglichte, an demselben Grundstück mehrere Pfandrechte für verschiedene Forderungen zu bestellen.

2. Für die Begründung des neueren Satzungsrechts forderte man regelmäßig einen Akt vor Gericht oder vor dem Rath; eine eigentliche Auflassung mit den bei Uebertragung des Eigenthums hergebrachten Formen fand nicht statt[3]), sondern es genügte, daß Schuldner und Gläubiger vor dem Gericht oder Rath das Rechtsgeschäft verlautbarten und hier das von ihnen beabsichtigte Pfandrecht in das Stadt- oder Gerichtsbuch, oder in ein besonderes Pfandbuch eingetragen und dem Gläubiger darüber eine Urkunde ausgefertigt wurde[4]). Für die Publizität der bestellten Pfandrechte war nur

---

[1]) v. Meibom S. 402 ff., 433 ff.

[1a]) v. Meibom S. 434, Sohm S. 22 f.

[2]) Sie findet sich z. B. in Magdeburg, Goslar, Lübeck, Hamburg, Stralsund, v. Meibom S. 398 ff., selten in Bremen, Höpken S. 88.

[3]) v. Meibom S. 415 ff., Pauli IV. S. 27 f., 134; dagegen Planck Ger. Vf. II. S. 350 N. 50: es sei eine Auflassung im weiteren Sinne.

[4]) Verpfändung vor dem Rath: Lüb. Stadtr. (Hach II) 36, Bremer Stadtr. 1303 ord. 23, Hamb. Stadtr. v. 1270. I. 13; Eintragung in die vom Rath geführten Bücher, Baumeister I. S. 172, 227; in Hannover, Schröder Urkk. no. 215 (193). In Riga Verpfändung vor 2 Rathmannen, Bunge Riga S. 266. — Nach Magdeb. Recht vor Gericht, Magd. Weisth. des 15. Jahrh. (Steffenhagen deutsche Rechtsquellen in Preußen. 1875. S. 62) § 8: vor deme schulczin adir vor den scheppin adir vor geheytem dinge adir

unvollkommen gesorgt[5]); auch kam man schon vor Einführung des römischen Rechts dazu, Privathypotheken für gültig zu erklären[6]).

3. Bei der ältern Satzung verbot es sich von selbst ein bereits verpfändetes Grundstück noch für eine weitere Forderung zu verpfänden. Aber auch bei der neueren Satzung hielt man zunächst

---

is werde im geteilt von deme schulczin u. von den scheppin u. von geheitem dinge noch clage u. noch antwert, vgl. auch § 13. — In Städten Magdeb. Rechts bildete sich der Gebrauch aus, Grundstücke auch nur vor einem scheppin zu verpfänden: das also vil craft hat, als vor gehegeter banck (Neumann Magdeb. Weisth. no. 24 v. J. 1463). Da hiedurch die Publizität des Pfandrechts beeinträchtigt wurde, stellte man in Iglau die Willkür auf (Tomaschek Iglauer Oberhof S. 109. § 193): das man kayn erb heymlich eynem man e vor aynem oder vor czwayn scheppen schol lassen vorseczen, dyselben scheppen seynt denne des gewis, das das selb erb e nimant versaczet sey; den sundern wer seyn erb . . . vorseczen wil . . ., der schal das in eyner morgen sprach oder in eynem gerichte vor den scheppen tuen, und do schol man es danne verpryeffen u. vorschreyben, sam czwischen yn geredet wirt. — Greifswalder Bursprake § 55 (Pyl Pommersche Geschichtsdenkmäler II. 1867. S. 98): keine Versetzung durch Urkunden, sondern nur durch Eintragung in das Stadtbuch.

Baier. Landr. (Kraut § 102. no. 42): Urkunde mit des Schuldners und der Stadt Siegel (vgl. auch Brunner in Goldschm. Ztschr. XXII. S. 546 N.); Münchener Stadtr. art. 32 u. 205: Versetzung vor Gericht, Eintragung in das Gerichtsbuch, mit dem städtischen Siegel bekräftigte Urkunde. In Wien werden besondere Pfandbücher im J. 1388 angelegt (Schuster Wiener Stdtr. S. 31 N.), im Hammerbrok im J. 1534 (Hübbe Hammerbröker R. S. 96 f.).

[5]) Vgl. in der vorigen Note das Magdeb. Weisth. bei Neumann und die Iglauer Willkür.

[6]) An manchen Orten bediente man sich zur Verpfändung eines Hauses der Uebergabe einer Schuldurkunde und des Hausbriefes, welchen der Eigenthümer besaß (oben § 94 N. 10); vgl. über Nördlingen, Augsburg, Regensburg Roth in d. Ztschr. f. R. G. X. S. 354—357 und baier. Civilr. II. § 181. S. 377, 379 (dieser Gebrauch wird in Nördlingen 1650, in Regensburg 1813 aufgehoben; in Augsburg verlieren diese Pfandrechte 1718 ihre Vorrechte); über Steiermark, Kärnthen und Niederöstreich Bischoff in ders. Ztschr. XII. S. 37 ff. — In Schlesien Verpfändung eines Bauerguts durch Uebergabe des Erbbriefs über das Gut: das her denselbin briff sal jme halden in phandes wize (Bresl. libri signaturarum v. J. 1465. p. 29). — Ueber italienisches Recht vgl. Brunner in Goldschm. Ztschr. XXII. S. 72 f. In Hamburg stehen am Ende des 15. Jahrhunderts die durch Notariats- oder Privaturkunden beweisbaren Pfandrechte den im Stadtbuch eingetragenen nach, Baumeister I. S. 228.

daran fest, daß nicht gleichzeitig mehrere Pfandrechte an demselben Grundstück zulässig seien[7]).

Es entspricht diese Bestimmung dem ursprünglichen Verbot, an demselben Hause mehrere Rentenberechtigungen zu bestellen (vgl. § 104 N. 35), wie man überhaupt mehrfache dingliche Belastungen zu verhindern suchte, weil es ursprünglich an festen Prinzipien über die Priorität der Pfandrechte und über das Verhältniß von Pfandrecht und Rente in Rücksicht auf die Befriedigung fehlte[8]). Später gestattete man an einem schon einmal verpfändeten Grundstück eine weitere neue Satzung zu bestellen und dachte sich dabei den Werth des Grundstücks in mehrere Theile zerlegt, von denen jeder für eine andere Forderung haftet[9]). Wollte der Eigenthümer sein Grundstück noch einmal verpfänden, so war er, um den Gläubiger bei dem Mangel an Publizität der begründeten Pfandrechte vor Benachtheiligungen zu sichern, unter Androhung schwerer Strafen verpflichtet, ihm die bereits bestehenden Pfandrechte anzuzeigen[10]).

Im allgemeinen galt schon das Prinzip, daß das jüngere Pfandrecht, besonders auch weil es nur auf dem residuum des Werths haftete, dem ältern nachsteht[11]) und daß der spätere Gläubiger nur befriedigt wird, wenn der erste, sei es nun aus dem Pfande selbst

---

[7]) Dies galt natürlich auch für die in der vorigen Note besprochenen Verpfändungen durch den Hausbrief. Als man hier später mehrere Pfandrechte zuließ, erhielten die folgenden Gläubiger nur einen Schuldbrief; vgl. Roth a. a. O.

[8]) Lüb. R. (Hach II) 236: aus einem verpfändeten Grundstück soll man keine Rente, aus einem unverpfändeten Hause nicht mehrere Renten verkaufen. Ist an einem Hause eine Rente bestellt, so darf der Mehrwerth desselben verpfändet werden, Pauli IV. S. 46 ff. Vgl. auch oben § 104 N. 35. — Ein verpfändetes Haus soll man auch nicht vermiethen, Rechtsb. n. Dist. II. 4. d. 18. — Noch nach dem Stadtr. v. Bern v. J. 1539 c. 235 (Ztschr. f. schweiz. R. XX. S. 111) soll eine schon verpfändete Sache nur mit des ersten Gläubigers Wissen noch einmal verpfändet werden.

[9]) Man verpfändet id, quo melior est, Stralsunder Stadtb. S. 45. no. 125, vgl. auch S. 56. no. 336, S. 73. no. 18; pignus in residuo valore, Prager Sch. U. C. Roessleri no. 50 (ungedr.). Der zweite Gläubiger leiht auf die uberteur des Erbes, Wiener Stadtr. art. 139.

[10]) Vgl. unten § 108 N. 22.

[11]) Lüb. Urtheil (Michelsen no. 123) v. J. 1480; Kieler Stadtb. (Hasse) no. 568; Wiener Stadtr. 139; Tomaschek Igl. Oberhof S. 69. no. 57, Münchener Stdtr. 446. — Kohler S. 28 f.

sei es von dem nachstehenden Gläubiger (jus offerendi) bezahlt ist[12]). An manchen Orten erlangte derjenige Gläubiger, auch wenn er der spätere ist, die Execution, welcher früher geklagt und keine Einsprache von den vorstehenden Gläubigern erfahren hat; diese letzteren können sich dann nur an den Rest halten[13]).

4. Die neuere Satzung gab dem Gläubiger seinem Schuldner gegenüber das Recht aus dem Pfandobjekt befriedigt zu werden. Da aber dem Gläubiger keine unmittelbare, sich äußerlich dokumentirende Herrschaft über die Sache zustand, da er insbesondere die Sache nicht in seinen Besitz und in seine Nutzung nahm, bezweifelte man die dingliche Wirksamkeit seines Rechts[14]); man war unsicher, ob er dasselbe auch dem dritten Erwerber gegenüber geltend machen dürfe[14a]). Um dem Conflikt zu entgehen, verbot man dem Eigenthümer, ein verpfändetes Gut an einen Dritten zu veräußern[15]), oder es wurde besonders verabredet, daß er es nicht vor Bezahlung der Schuld veräußern solle[16]). Veräußerte er es trotzdem, so konnte, wenigstens

---

[12]) Purgoldt XI. 40.

[13]) v. Meibom S. 454 ff. glaubt, daß die Prävention allgemein gegolten habe. — Magdeb. Sch. U. v. 1463 bei Neumann no. 24, Iglauer O. Hofs-Urth. bei Tomaschek S. 68. no. 56. — Brünner Stadtr. c. 335.

[14]) Freilich schreiben einmal die Magdeburger Schöffen (Magd. Fr. I. 6. d. 8), in entschiedenem Widerspruch mit der allgemeinen Auffassung von der Gewere, dem Pfandgläubiger die Gewere zu; vgl. über diese Stelle Stobbe Gewere S. 479 f. und Heusler Gewere S. 196.

[14a]) Gegen die Dinglichkeit der neueren Satzung v. Meibom S. 432 ff.; für dieselbe Kohler S. 25 f. Ich bin mit dem letzteren der Meinung, daß der Gläubiger ein beschränkt wirksames dingliches Recht hat.

[15]) Gosl. Statt. S. 24. Z. 29 ff., Burgdorfer Stadtr. v. 1316. § 184 (Gaupp II. S. 140). — v. Meibom S. 428 f., Bluntschli Zür. R.-G. II. S. 130, v. Wyß in d. Ztschr. f. schweiz. R. IX. S. 43 f., Kohler S. 23 f. — Ueber die nordischen Rechtsquellen v. Brünneck Reluitionsrecht S. 9 f.

[16]) Stralsunder Stadtb. S. 4. no. 1, S. 5. no. 23 u. sehr oft. — Statt zu sagen, es solle Jemand ein Pfandrecht haben, heißt es im Kieler Stadtb. (Hasse) no. 533: der Schuldner non persoluto debito domum suam vendere non debebit; vgl. auch no. 480, 585. — Oder man bestimmte, daß im Fall der Veräußerung die Forderung sofort fällig und der Gläubiger aus dem Kaufgeld bezahlt werden solle, Stralf. Stadtb. S. 7. no. 62, Kieler Stadtb. no. 930, Brünner Schöffenb. c. 336, Schröder Urkk. no. 215, 332 (193, 292). — Oder es soll der Gläubiger ein Vorkaufsrecht haben, Stralf. Stadtb. S. 60. no. 411, 122 no. 154, 123 no. 166, 164 no. 351, Kieler Stadtb. no. 200,

nach Magdeburger Recht, der Gläubiger binnen Jahr und Tag fordern, daß die Veräußerung rückgängig gemacht würde und das Gut wieder in den Besitz des Schuldners zurückkehrte[17]); nach Jahr und Tag hatte der Eigenthümer die rechte Gewere erworben, welche ihn gegen jeden Anspruch des ehemaligen Satzungsgläubigers sicherte[18]).

Erst im 14. und 15. Jahrhundert gelangte die dingliche Wirksamkeit des Pfandrechts zur allgemeinen Anerkennung[19]).

5. Waren an sich die alte und die neue Satzung völlig verschiedene Rechtsgeschäfte und unterschied sich die letztere wesentlich von dem Rentenkauf darin, daß der Gläubiger für sein Kapital keine Zinsen bezog und auch nur den Verpfänder, aber nicht den dritten Erwerber des Pfandes in Anspruch nehmen konnte, so finden sich doch auch Uebergangsstufen, indem der Schuldner Zinsen verspricht. Indessen auch hier ist nur der Schuldner selbst zu der Zinszahlung verpflichtet und mit der Veräußerung des Grundstücks geht weder die Obligation noch die dingliche Verhaftung auf den Erwerber über[20]).

6. Wird die Schuld nicht zur festgesetzten Zeit bezahlt, so kann der Gläubiger zufolge der Sicherstellung, welche ihm durch die Satzung des Grundstücks gewährt worden ist, seine Befriedigung

---

253, 333, 408, 413 u. s. w., Pauli S. 142. no. 49, v. Meibom S. 364 N. 329, 330.

[17]) Syst. Schöffenr. IV. 2. 51.

[18]) Magdeb. Schöff. U. bei Wasserschleben I. S. 222. c. 70. — Laband S. 326 N. 94, Kohler S. 24 ff.

[19]) Stadtr. v. Wien (Schuster) art. 140, Stadtr. v. Cleve Tit. 117. § 18 (Zeitschr. f. R. G. X. S. 246). — v. Wyß in d. Ztschr. f. schweiz. R. IX. S. 44 f. über Zürich. — Kohler S. 27 f.

[20]) Zahlreiche Nachweisungen bei Fabricius Stralf. Stadtb. S. 274. — Pauli IV. S. 101 ff., welcher hervorhebt, daß die ersten Verpfändungen im Familien- und Erbrecht (Sicherstellung des Brautschatzes, des Vermögensrechts der minderjährigen Kinder u. s. w.) wurzeln und daß das zinsbare hypothekarische Darlehen in Lübeck erst seit dem 14. Jahrhundert vorkommt. — Zahlreiche Zinsversprechen auch im Kieler Stadtbuch, z. B. no. 70, 79, 86, 191, 200, 226, 234, 235 u. s. w. mit verschiedenem Zinsfuß. — Es findet sich auch die Verabredung, daß der Gläubiger den Miethzins erheben (z. B. no. 859, 877, 912) oder daß der Schuldner bei Erfüllung seiner Verbindlichkeit mehr als das Kapital geben soll (no. 925).

aus dem Werth des Grundstücks suchen. Er beantragt die Exekution[21]). Nachdem dann von Seiten des Gerichts das Pfand dreimal aufgeboten ist und auch innerhalb dieser Termine der Schuldner die Forderung nicht bezahlt und dadurch sein Pfand ausgelöst hat, wird das Gut nach einzelnen Rechten von Gerichts wegen dem Gläubiger zugesprochen oder geeignet, er wird desselben geweldigt, ohne Rücksicht darauf, ob nicht vielleicht das Pfand werthvoller als die Forderung ist[22]). Nach den bei weitem meisten Rechten aber wurde es verkauft und der Gläubiger aus dem Erlöse befriedigt. Dabei hatte aber der Schuldner nach manchen Rechten dem Ersteher gegenüber eine bestimmte Zeit hindurch die Einlösungsbefugniß[23]). Auch soll nach vielen Partikularrechten der Gläubiger zunächst das Gut weiter verpfänden und erst, wenn es Niemand als Pfand haben will, zur Veräußerung schreiten[23a]). Wegen der weitläufigen Formen des Verfahrens mit seinen mehrfachen Aufbietungen und sonstigen Akten, verabredeten oft die Parteien, daß der Gläubiger im Fall der mora gleich das Pfand veräußern dürfe, so als ob die sämmtlichen Formalien der Exekution bereits beobachtet wären[24]).

---

[21]) Ueber die Exekution vgl. Albrecht Gewere S. 150 ff., v. Wächter I. S. 570 ff., 604 ff., 607, Planck Gerichtsverf. II. S. 343 ff.

Wegen der Verwandtschaft des Exekutionsverfahrens, wenn es sich um verpfändete Mobilien und wenn es sich um durch neuere Satzung verpfändete Grundstücke handelt, sagt Sohm S. 14 ff., die sog. neuere Satzung stelle „eine Immobiliarsatzung nach Mobiliarsatzungsrecht" dar; sie sei die Satzung des Grundstücks zu Kistenpfandesrecht, die Satzung des Grundstücks als fahrende Habe". Meines Erachtens geht diese Parallelisirung zu weit; denn es bleibt doch der wesentliche Unterschied, daß bei der neueren Satzung der Schuldner im Besitz des Grundstücks bleibt u. daß die verpfändete Mobilie als Faustpfand dem Gläubiger übergeben wird.

[22]) Recht von Hamburg und Verden, Kraut § 102. no. 47, 57, Bremen (Höpken S. 90, 97 ff.), Stadtr. v. Schwerin (Zeitschr. f. R. G. IX. S. 285), v. Luzern art. 57, Lüneb. Nied. Ger. O. bei Pufendorf III. p. 360—362. — Verabredung des Anfalls bei mora, z. B. Kieler Stadtb. no. 417, 420, 647, 669, 686, 729. — Fabricius S. 274, Franken I. S. 4 N. 2.

Ein eigenthümliches Institut ist die livländische Vergewisserung, wodurch der Schuldner privatim den Gläubiger berechtigt, im Fall der mora sich in den Besitz von Immobilien des Schuldners zu setzen, Schilling Waldem. Erich'sches Recht S. 144 ff.

[23]) Kohler S. 32 f.

[23a]) Kohler S. 6 ff.

[24]) Absque ulla prosecutione coram judicio facienda, Lüb. Urkk. bei

War der Erlös aus dem Verkauf des Pfandes größer als die Schuld, so wurde die hyperocha dem Schuldner herausgegeben[25]); für den Fall aber, daß die Schuld nicht vollkommen gedeckt wurde, gehen die Bestimmungen auseinander.

a) Nach der einen, wohl älteren Auffassung haftet der Schuldner, wie bei der alten Satzung, nicht mit seiner Person und seinem übrigen Vermögen, sondern nur mit diesem einen Vermögensobjekt und erleidet der Gläubiger einen Vermögensausfall[26]); hier konnte sich auch bei kasuellem Untergang oder bei Beschädigung des Pfandes, z. B. Abbrennen des Hauses, der Gläubiger nur an die Area und an die Trümmer halten[27]). Sollte der Schuldner auch mit seinem

---

Heusler Ztschr. f. R. G. VI. S. 184 ff. und Pauli IV. S. 142 f. — Stralsunder Urkunden: er soll veräußern dürfen, als ob pleno jure fuerit prosecutus, S. 12. no. 151; das Pfand solle als pignus prosecutum gelten S. 113. no. 13, S. 115. no. 38, S. 131. no. 291, S. 154. no. 224, S. 162. no. 329; S. 160. no. 299: statuit . . . usque ad festum b. Johannis pro pignore prosecuto, quod possint vendere vel exponere, quibus eis videbitur expedire. — Rostocker Urkunden bei v. Meibom S. 406 f. — v. Bunge Riga S. 224. — Würzburger Urk. v. J. 1530 bei Rosenthal Eigenthum zu Wirzburg. Anhang S. 42. — Planck II. S. 349. — Nahe liegt es auch, die in Bremer, Hannöver'schen (Schröder Urkk. no. 215 [193]) und Stralsunder (Stralf. Stadtb. S. 9. no. 104, S. 18. no. 172, S. 16. no. 241, S. 48. no. 185) Urkunden vorkommende Satzung von Grundstücken zu Kistenpfandrecht in dem Sinne zu deuten, daß die Exekution sich zum Vortheil des Gläubigers in den schnelleren Formen der Mobiliarpfandexekution bewegen soll. Indessen ist das Wesen des Kistenpfandrechts sehr bestritten, vgl. Schuhmacher das Bremische Kistenpfandrecht an liegendem Gut, im Bremischen Jahrb. I. 1863. S. 200—242, v. Meibom S. 423, Stobbe in d. krit. Viertelj.-Schr. IX. S. 317 f., Höpfen a. a. O. S. 95 ff., 101 ff.

[25]) v. Meibom S. 424 N. 82, Hamb. R. v. 1270. I. 14, Kraut no. 45, 47, 48.

[26]) Kraut § 102. no. 45 und die Stellen bei v. Meibom S. 425 N. 84, Stobbe S. 308 ff., Fabricius S. 275. — v. Meibom S. 424 f. betrachtet diesen Rechtssatz als singulär und meint, daß die unter b) aufgeführte Rechtsbildung als gemeinrechtlich anzusehen sei. Ich möchte im Gegentheil vermuthen, daß wir es hier mit der ältern, ursprünglich allgemein geltenden Rechtsnorm zu thun haben, welche sich in einzelnen Partikularrechten auch über die Zeit der Reception hinaus erhielt.

[27]) Lüneb. Stadtr. (Kraut) S. 64, Danziger Willkür bei Stobbe in d. krit. Viertelj. Schr. IX. S. 309. — In Stralsund wurde für den Fall des Brandes oder Untergangs oft das Gegentheil ausdrücklich verabredet, Stadtbuch

übrigen Vermögen verhaftet sein, so bedurfte es einer besonderen Verabredung[28]).

b) Nach andern Rechten stand bereits gesetzlich dem Gläubiger das Recht zu, sich wegen des Ausfalls an seinen Schuldner zu halten[29]).

III. Schon seit dem Ende des 12. Jahrhunderts[29a]) ließ man es auch zu, daß der Schuldner vor Gericht oder dem Rath und durch Eintrag in die Gerichts- oder Stadtbücher[30]) sein ganzes Vermögen, Mobilien und Immobilien verpfändete, die Schuld auf sein ganzes Vermögen übernahm[31]) und dabei ebenso wie bei der neueren Satzung im Besitz desselben blieb[32]). Wenngleich man sich dabei in

---

S. 13. no. 192, S. 16. no. 247, S. 105. no. 560, S. 107. no. 582, vgl. auch S. 126 N. 221.

[28]) v. Meibom S. 425. no. 86; Stralsunder Stadtb. S. 14. no. 196, S. 44. no. 114, S. 68. no. 553, S. 119. no. 4; Kieler Stadtb. no. 716, 745, 832 u. s. w. — Es finden sich hier auch Eintragungen, der Schuldner habe, falls das Haus abbrennt, zu zahlen (no. 117, 542, 708 u. s. w.) oder ein anderes Pfand anzuweisen (no. 191), oder es müßte der Bürge zahlen (no. 305, 640), während in vielen andern Pfandverträgen dem Gläubiger nur die Befugniß zusteht sich an die Area zu halten, z. B. no. 321, 589, 591, 592, 671, 753.

[29]) v. Meibom S. 424 f. N. 83, 87, 88, Kraut no. 47, 48, Liegnitzer Glosse bei Homeyer Sachsensp. II. 1. S. 360, Urk. v. J. 1299 bei Pauli Abh. I. S. 105 N. 167 u. IV. S. 144—147, vgl. auch S. 118. — Schröder Urkk. no. 214 (192). — Die entgegengesetzte Bestimmung des Hamburger Rechts ist in diesem Sinne bereits in den Rigischen Statuten (IV. 5. § 5) umgeändert worden (v. Napiersky S. 167).

[29a]) Viel früher im langobardischen Recht, vgl. oben § 106 N. 8.

[30]) Für diese Formen vgl. Syst. Schöffenr. III. 2. 91, 92, Kraut no. 58, Pauli IV. S. 142 no. 44, 45. — Vgl. auch Brünner Schöffenb. c. 10: Erklärung auf dem Todbett vor Richter und Geschwornen.

[31]) Z. B. Urkunde v. 1328, Oestr. Not. Blatt. 1854. S. 84: der Schuldner nimmt die Schuld auf uns und auf aller unser hab, die wir haben in dem Land ze Osterreich.

[32]) Belege für solche Generalhypotheken bei v. Meibom S. 413 N. 41, Schröder Urkk. no. 160, 181 (184, 158). — Außerdem Lacomblet I. no. 521 v. J. 1189: universum patrimonium, II. no. 647. a. 1273: bona mea ubicumque sita; Lüb. Urkk. v. J. 1290 an bei Pauli Abhh. I. S. 118, II. S. 39, Lüb. Zustände III. S. 105 no. 1, 116 no. 24, 25; Stralſ. Stadtb. Ende 13. Jahrh. S. 81 no. 121, S. 105 no. 548; Urk. v. J. 1348 in Mone's Zeitschr. VI. S. 356 (für einen Erbpachtzins Verpfändung der omnia bona sua mobilia et

den Urkunden römischer Rechtsausdrücke bediente, fand doch sicherlich keine Herübernahme römischer Rechtsgrundsätze statt, sondern es war auch dies eine selbständige Rechtsbildung[33]).

Indessen fehlte es an festen Grundsätzen über das Wesen dieser Generalhypotheken und war ihre Bedeutung, Wirksamkeit und Umfang nach dem Willen der Parteien zu bemessen; so, ob sich die Verpfändung bloß auf das gegenwärtige oder auch auf das zukünftige Vermögen erstreckt[34]), ob die vom Schuldner veräußerten Stücke von der Verhaftung frei werden[35]). Und was die Wirkung anbetrifft, so giebt die Generalhypothek wenigstens nach Magdeburger Recht keinen Vorzug vor den einfach chirographarischen Gläubigern, sondern entscheidet das Alter der Schuld[36]). Es lag also in einer

---

immobilia); Hamb. Urk. v. 1369 bei Baumeister I. S. 227 N. 2; Breslauer Urk. v. J. 1404 (Libri signaturarum p. 31: all sein gut varnde und unvarnde); Rigaer Urk. v. J. 1337 bei v. Bunge S. 267 no. 51; Lörsch Aachener Urkk. 1879 S. 33, 35 (v. J. 1291 und 1296); Bischoff Olmützer Stadtb. S. 42 no. 26, S. 48 no. 50; Hasenöhrl Oesterr. Landesrecht S. 115.

[33]) Arnold Grundeigentum S. 128 meint irriger Weise, daß solche Generalhypotheken nur bei Geistlichen und in geistlichen Gerichten vorkommen.

[34]) Nur das gegenwärtige Vermögen, syst. Schöffenr. III. 2. 92. — Wohl durch römischen Einfluß, auch das zukünftige Vermögen: Trienter Urkk. aus dem Anf. 13. Jahrh. (Tomaschek Rechtsentwickelung in Trient S. 12), Brünner Schöffenb. c. 562, Stadtr. v. Cleve 15. Jahrh. tit. 112. § 10 (Ztschr. f. RG. X. S. 245), ebenso in den N. 32 citirten Aachener Urkunden. — In einem Fall, in welchem es sich um Dispositionen über ein ganzes Vermögen handelt, entscheiden die Magdeb. Schöffen (Behrend Stendaler Urtheilsbuch XX. c. 2), es komme auf den Ausdruck an; spricht Jemand von dem, was er hat, so bezieht sich dies nur auf das gegenwärtige Vermögen; soll das zukünftige mitbegriffen sein, so muß es heißen: swat sie hadde unde ummer mer ghewunne.

[35]) Es bejahen allgemein die Magdeb. Schöffen, Wasserschleben I. S. 281, für den Fall, daß der Verpfänder sich die Disposition vorbehielt, I. S. 284 f. — Bei Verschreibung einer Leibzucht aus einem ganzen Vermögen dürfe man einzelne Stücke veräußern, Gengler C. Erlang. p. 23. — Irrationell und mit den Grundsätzen über Mobiliarpfänder unvereinbar ist die Goslarer Entscheidung (v. Meibom S. 442, Schröder Urkk. no. 321 [280]), daß der Gläubiger die vom Eigenthümer veräußerten Stücke einer verpfändeten Herde vom Erwerber zurückfordern könne. — Das Versprechen, nichts veräußern zu wollen, Fabricius S. 81 no. 121.

[36]) Der Pfandgläubiger steht frühern Gläubigern nach, geht aber den spätern voran, Syst. Schöffenr. III. 2. 91 (Kraut no. 59), Wasserschleben I. S. 284 f., vgl. auch Pauli Abhh. IV. S. 142. — Nach Züricher Recht giebt

Generalhypothek nur eine verstärkte Anerkennung eines bestehenden Schuldverhältnisses.

IV. Fassen wir die Hauptprinzipien des ältern deutschen Rechts zusammen, um den Gegensatz gegen das römische und die zur Zeit der Reception eintretenden Grundsätze schärfer hervorzukehren:

1. Pfandrechte an Grundstücken entstehen nie durch Gesetz, sondern nur durch ein Rechtsgeschäft. Regelmäßig wird die Mitwirkung des Gerichts oder der Obrigkeit erfordert; nur vereinzelt genügen auch Privatakte.

2. Die besonders auf dem Lande gebräuchliche ältere Satzung giebt dem Gläubiger Besitz und Genuß des Grundstücks; regelmäßig zieht der Gläubiger die Nutzungen zu eignem Vortheil, seltener hat er sie auf das Kapital in Anrechnung zu bringen, so daß die Schuld allmählich auf diesem Wege getilgt wird.

3. Der Gläubiger besitzt in dem Pfand das einzige seine Forderung sicherstellende Objekt, und kann, wenn es ihm bei **mora** des Schuldners zu Eigenthum zugeschlagen oder wenn es zu seiner Befriedigung veräußert wird und er einen Ausfall erleidet, sich nicht an das übrige Vermögen des Schuldners halten.

4. Die sog. neuere, städtische Satzung läßt den Schuldner im Besitz und Genuß seines Grundstücks. Später wird es zulässig, dasselbe Grundstück mehreren Gläubigern für ihre Forderungen zu verpfänden; doch ist dann nur theilweise das Prinzip der Priorität zur Anerkennung gelangt.

5. Die neuere Satzung giebt nur ein Recht gegenüber dem das Pfand besitzenden Schuldner, aber kein dinglich wirksames Recht gegenüber den dritten Erwerbern, an welche das Eigenthum des Grundstücks veräußert ist.

6. Nach älterm Recht konnte sich der Gläubiger lediglich an das Pfand halten; nach neuerem Recht haftet ihm, wenn er aus dem Erlöse des Pfandes keine völlige Befriedigung gewinnt, auch das übrige Vermögen und die Person des Schuldners.

7. Die Generalhypothek gewährt dem Gläubiger kein Vorzugsrecht vor ältern Gläubigern.

---

die Generalhypothek im Konkurs einen Vorzug vor chirographarischen Gläubigern, Bluntschli Zür. RG. II. S. 131.

§ 108. Die Zeit des Ueberganges.

Als man am Ende des Mittelalters mit dem römischen Recht bekannt wurde, war man geneigt, demselben im Pfandrecht vielfachen Einfluß einzuräumen. Man stellte für Mobilien und Immobilien gleiche Sätze auf, fügte zum Vertragspfand für gewisse Fälle die gesetzlichen, zum Pfandrecht an einzelnen Sachen die Generalpfandrechte an Vermögenskomplexen oder einem ganzen Vermögen hinzu, erkannte einzelne Pfandrechte als privilegirte an und bereicherte die Kategorien, welche man aus dem römischen Recht kennen gelernt hatte, den nationalen Verhältnissen und Bedürfnissen gemäß durch neue Anwendungsfälle[1]). Hatte man bei der Reception des fremden Rechts zunächst noch ein gewisses Maß eingehalten, so überschritt man dasselbe doch bald, recipirte immer mehr Sätze aus dem römischen Recht[2]) und bequemte sein eigenes Recht in einem so hohen Grade den römischen, höchst unglücklichen Pfandrechtsprinzipien an, daß ein außerordentlich komplizirtes, für die Sicherheit der Gläubiger gefährliches System entstand, und die Codifikationen mancher Länder und Orte nur eine Wiedergabe des gemeinrechtlichen Stoffs enthielten.

Da sich aber andererseits die deutschen Auffassungen und Rechtsgeschäfte nicht überall mit einem Schlage beseitigen ließen, so erhielt sich doch auch manches davon in unscheinbarer Gestalt und wie unberechtigte Willkür erscheinend weiter fort.

So bekam unser Recht einen sehr gemischten Charakter und je nach den Einflüssen, welche in den einzelnen Ländern und Städten bei der Gesetzgebung und Praxis maßgebend waren, prävalirte das römische oder erhielt sich das deutsche Recht oder traten von dem fremden Rechte beeinflußte Neubildungen hervor[3]).

---

[1]) Nürnberger Ref. v. 1522. XXIII, v. 1564. XX—XXII, Wormser Ref. V. 3. tit. 2—13, Lüneb. Ref. II. Tit. 7, 8, 17—20, Frankf. Ref. II. 18—20, Hamburger Statuten II. 4, 5, Trierer Landr. XIII, C. Max. Bav. II. 6 u. s. w.

[2]) Besonders interessant ist die Darstellung v. Wächter's I. S. 560 ff. über das Verhältniß des dritten würtemb. Landrechts zu den beiden ersten, welche von den einheimischen Grundsätzen noch manches gerettet hatten.

[3]) Ueber die Geschichte dieser Zeit vgl. Beseler d. gerichtl. Auflassung in dem Mecklenb. Hypothekenrechte, in d. Zeitschr. f. d. R. X. S. 105—138, Thomas

Da diese Entwickelung aber nur eine Uebergangsstufe zum modernen Recht bildet, so kann es, wenngleich die Gesetzgebung in einzelnen Territorien auf dieser Uebergangsstufe bis in die neueste Zeit stehen blieb, nicht unsere Aufgabe sein, den gesammten Inhalt der Codifikationen aus der Receptionszeit wiederzugeben. Es genügt die Beziehungen hervorzuheben, in denen unser Recht durch das römische reformirt oder verunstaltet wurde, sowie die, in denen sich trotz der Reception die deutschen Auffassungen erhielten.

I. Zunächst drang überall die Dinglichkeit des Pfandrechts durch[4]): das Pfandrecht bleibt bestehen, auch wenn der Eigenthümer die Sache in eine andere Hand veräußert. Hatten sich die Gläubiger im Mittelalter durch Verträge zu sichern gesucht, wonach der Schuldner die Sache nicht veräußern sollte, so bedurfte es derselben nicht mehr; ja Partikularrechte verbieten sie geradezu und erklären sie für nichtig[5]). Andererseits nahm man bisweilen aus dem römischen Recht den Satz auf, daß das Pfandrecht erlösche, wenn der Gläubiger dem Eigenthümer die Veräußerung der Pfandsache gestatte[6]).

Sobald die Dinglichkeit zur Anerkennung gelangt war, ging man noch einen Schritt über das römische Recht hinaus und gab dem Gläubiger sofort, wenn der Schuldner die fällige Schuld nicht bezahlte, die Klage gegen den dritten Besitzer der Pfandsache: dieser sollte den Gläubiger nicht mit der exceptio excussionis zunächst an den persönlichen Schuldner verweisen dürfen[7]).

II. S. 235 ff., v. Wächter I. S. 561 ff., v. Stemann II. S. 270 ff., 382 ff., Koch Preuß. Privatr. I. § 227, Dernburg u. Hinrichs das Preuß. Hypothekenrecht. 1877 S. 1 ff., Roth B. II. S. 376—381, Grefe II. S. 96 ff., 344 ff., 477 ff., Baumeister I. S. 168 ff., L. Johanny Geschichte und Reform der österr. Pfandrechts-Pränotation. Wien 1870.

[4]) Nur in Betreff der gesetzlichen und der Generalpfandrechte gelangte diese Dinglichkeit dem dritten Erwerber der Sache gegenüber nicht zur Herrschaft.

[5]) Wormser Ref. V. 3. tit. 9 Abs. 8: „Unbündig und unnütz" sei der Vertrag, „das der Schuldner das pfandt nit verkauffen solt"; vgl. auch unten § 112 N. 53.

[6]) Z. B. Gothaische Proz. O. I. c. 37 IV. § 11 (Mascher Hypothekenwesen S. 280), Baden'sches Landr. art. 2180ᵃ.

[7]) Wormser Ref. V. 3. tit. 11 Abs. 3: der Gläubiger habe das Recht, nach seiner Wahl „den Schuldner persönlich anzuklagen umb sein schulde oder den fürzunemen, der das Pfand einhette, ihme sein Pfandt zu übergeben und zuzustellen"; Frankf. Ref. II. 18. § 8: „dem Insatz nachzuklagen (welchs bey

II. Nur höchst partikulär erhielt sich die Spezies des altdeutschen Pfandrechts, bei welcher der Gläubiger sich lediglich an das Pfand halten darf und der Schuldner ihm nicht weiter verhaftet ist[8]). Eine Nachwirkung der ältern Auffassung ist es, wenn in einzelnen Codifikationen noch besonders hervorgehoben wird, daß die Forderung bei Verschlechterung oder Verlust des Pfandes bestehen bleibt und der Gläubiger sich, wenn er bei der Exekution einen Ausfall erleidet, persönlich an den Schuldner halten darf[9]).

III. Hie und da wollte man, daß eine Sache nicht für mehrere Forderungen verpfändet werden solle[10]). Doch wurde dieser Standpunkt bald aufgegeben[11]) und es unterliegt weiter keinem Bedenken, mehrere Pfandrechte an derselben Sache zu begründen. Zum Theil bleibt man aber bei der ältern Auffassung[12]) stehen, daß dem folgenden Gläubiger nur derjenige Werth der Sache verpfändet sei, welcher über die Höhe der ersten Schuld hinausgeht[13]).

IV. Die ältere Satzung konnte sich noch lange erhalten, da man in der Antichresis des römischen Rechts ein verwandtes Institut

---

uns am breuchlichsten, auch das gewissest ist) oder aber actionem personalem gegen dem Schuldtmann zu intentiren." — Kurköln. Landr. v. 1663. XIII. § 3, Kurtrierer XIII. § 5, Decisio Sax. 7. v. 1746 (Haubold § 213 N. l). — Zugelassen wird die exceptio excussionis wie nach römischem Recht im Clever Stadtr. des 15. Jahrh. tit. 111. § 9 (Zeitschr. f. RG. X. S. 243); mit einzelnen Einschränkungen, besonders der, daß der Pfandinhaber „Wissenschaft von dem Pfand bey dessen Erlangung gehabt hat", im C. Max. Bav. II. 6. § 20. In Gotha wird diese exceptio erst durch Gesetz v. 6. Aug. 1869, in Schwarzburg-Sondershausen durch Gesetz v. 6. Juli 1868 abgeschafft. — Ueber das Oestr. Recht Exner Oestr. Hyp. R. S. 257 f.

8) Danziger Willkür v. 1597 II. 2. c. 7 u. 8, v. 1761 II. 2. c. 8, vgl. Stobbe in d. krit. Viertelj. Schr. IX. S. 309 f.

9) Wormser Ref. V. 3. tit. 2. Abs. 1, 7, 8, Nürnb. Ref. v. 1522. XXIII. 4, 10, v. 1564. XXI. § 3.

10) Landr. der obern Grafschaft Katzenelnbogen v. 1591. I. 6. § 1, Nürnb. Ref. v. 1522. XXIII. c. 6.

11) Nürnb. Ref. v. 1564. XX. 3. § 1.

12) Oben § 107 N. 9.

13) Z. B. Wormser Ref. V. 3. tit. 2. Abs. 12: umb die besserung oder ubermasse, die der schuldner noch darauf hette oder haben möchte; Freiburger Statt. v. 1520. II. 8. § 7; Nürnb. Ref. v. 1564. XX. 3. § 1; Hamb. Statt. II. 4. 5: die ubermass und so viel das Erb besser ist, dann vorige Schuld; C. Max. Bav. II. 6. § 8 no. 3: „so viel die Uebermaß betrifft, um

kennen lernte[14]). Wo Zinsversprechen noch nicht gültig waren und die kanonischen Wucherverbote in Kraft standen, sollte nur diejenige Form der Satzung gestattet sein, welche den Pfandnehmer verpflichtet, den seine Unkosten bei der Nutzung übersteigenden Gewinn auf das Kapital abzurechnen. Ist er auf diesem Wege befriedigt, so darf er das Pfand nicht weiter behalten oder verkaufen oder versetzen[15]). Anderwärts aber war die Verabredung durchaus zulässig, daß der Pfandgläubiger statt der Zinsen des Kapitals die Nutzungen beziehen dürfe, und kam es auf deren Höhe nicht weiter an: er soll sie unberechnet erhalten[16]). An noch andern Orten, wo sich die römischen Grundsätze über die Antichrese geltend machten, soll, wenn die Nutzungen einen größern Werth als die Zinsen des Kapitals haben, dies Plus von dem Kapital abgerechnet, resp. an den Schuldner herausgegeben werden[17]). Endlich wurde auch in manchen Rechten die Antichrese verboten, um wucherlichen Contrakten zu begegnen[18]).

welche sie etwan im Werth mehr, als die Schuld betragen". Vergl. oben § 107 N. 9.

[14]) In den mecklenburgischen Stadtrechtsberichten v. J. 1589 (von Böhlau wieder abgedruckt in der Ztschr. f. RG. X. S. 128 ff.) scheint man unter Pfandrecht überall die ältere Satzung zu verstehen. Es wird der Pacht, Heuer gleich gestellt, gilt unbedingt für eine Reihe von Jahren und fällt erst fort, wenn die Schuld bezahlt oder das Geld vom Gläubiger herausgebaut ist. Die betreffenden Verträge sollen dem Rath angezeigt und im Memorialbuch eingetragen werden. Bis in das 18. Jahrhundert blieb das Geschäft im Gebrauch, v. Meibom Meckl. Hyp. R. S. 3 f. — Die „Versatzung" im Landbuch von Davos (Statutarrechte von Graubünden VII. 2.) S. 83 ist die alte Satzung.

[15]) Nürnb. Ref. v. 1564. XX. 4. § 2, Wormser Ref. V. 3. tit. 2. Abs. 2 und 19, tit. 10. Abs. 3, Freiburger Statt. v. 1520. II. 8. 3. fol. 41, erstes Würt. Ldr. (Wächter I. S. 111), Hadeler Ldr. II. 8. Vgl. oben § 106 N. 24 ff.

[16]) Jül.-Berg. Ldr. c. 103 erklärt den Vertrag für gültig, daß der Gläubiger bis zur Tilgung der Schuld das Gut unberechnet gebrauchen möge (Maurenbrecher rheinpreuß. Prov. Rechte I. S. 286 N. 10 bemerkt, daß diese ältere Satzung bis in die letzte Zeit im Bergischen herrschend geblieben sei). — Dieselbe Auffassung besteht nach der Frankf. Ref. II. 18. § 11 vgl. mit § 1, 9, 10, Hamb. Statt. II. 4. 9, vgl. auch Trierer Landr. XIV. § 2, Heimbach § 213 N. 5.

[17]) Solmser L. O. II. 15. § 2, 6te Würtemb. L. O. (v. Wächter I. S. 111), Baier. Statuten bei Roth B. II. S. 493, Sächs. Decis. 22. v. J. 1746 (Haubold § 207 N. a), C. civil 2085 ff., großherzogl. Hessisches Pfandgesetz v. 15. Septbr. 1858 § 87 vgl. mit § 5.

[18]) Züricher Rathsschluß v. 1550 (Bluntschli Zür. RG. II. S. 121

V. War nach altdeutschem Recht die Verabredung zulässig gewesen, daß, wenn in bestimmter Zeit die Schuld nicht bezahlt wird, das Pfand dem Gläubiger zu Eigenthum verfallen solle, so drang jetzt allgemein das römische Recht mit seinem Verbot der lex commissoria durch[19]); wenn der Schuldner nicht zahle, sei allein die Veräußerung der Pfandsache zulässig. Für diese Veräußerung wurde in immer weiterer Geltung die Gerichtlichkeit oder Zuziehung der Obrigkeit gefordert[20]).

VI. Das Bestehen einer ältern Satzung trat in die Oeffentlichkeit durch den Uebergang des Besitzes auf den Gläubiger. Aber für die neuere Satzung hatte es an ausreichenden Formen gefehlt, um das bestellte Pfandrecht dem neuen Erwerber des Grundstücks oder einem weitern Pfandgläubiger entgegentreten zu lassen und ihnen eine Uebersicht darüber zu geben, ob das Grundstück und für welche Summen bereits verpfändet sei. Auch die Receptionszeit brachte

---

N. 72), Baireuther VO. v. 1731 (Arnold Beitr. II. S. 213 ff.), Landesrügung von Glanek (Salzb. Taidinge S. 127) art. 35, unter Bezugnahme auf eine Salzburg. VO. v. 1619. Von neueren Hyp. Gesetzen verbieten die Antichrese das Großherzogl. Hess. Ges. v. 1858. § 5, das Nassauische Ges. v. 1851. § 10, das Lippe'sche Gesetz v. 9. Apr. 1859, das neueste Baierische Recht, Kohler pfandr. Forschungen S. 254 f., Oestr. GB. § 1372 vgl. Exner S. 180 N. 21, S. 218 N. 2. Vgl. auch das Sächs. GB. § 387 und das Weimar'sche Ges. v. 6. Mai 1839. § 5 vgl. mit § 125.

[19]) Reichsgesetzliches Verbot in Bezug auf die Juden in der Reichs-Pol. O. v. 1577. XX. § 5. — Wormser Ref. V. 3. tit. 9. Abs. 5 vgl. mit 8 (doch kann nach V. 3. tit. 8 das Gericht im konkreten Fall die Erlaubniß geben, eine solche Bestimmung zu verabreden), Freiburger Statt. v. 1520. II. 8. Abs. 13, Hadeler Ldr. II. 10, Jül.-Berg. Landr. c. 104 § 6, Hamb. Statt. II. 4. 10, Sächs. VO. v. 1583 (Haubold § 207 N. a), Churköln. Reform. (Maurenbrecher Prov. Rechte I. S. 372: „dan solich gedinge in den pfandtschafften ist durch die beschriben recht als unzimlich verboten"; in dieser Rücksicht sei das Sprichwort gebräuchlich: „Eyn jar löse, 100 jare löse"), Braunschw. VO. v. 1772 (Steinacker S. 446 N. 6), C. Max. Bav. II. 6. § 18 u. s. w.

[20]) Z. B. Wormser Ref. V. 3. tit. 9. Abs. 9, tit. 11. Abs. 4: das Gut wird durch einen Gerichtsboten aufgeboten und von Gerichtswegen zugeschlagen; Freiburger Statt. v. 1520. II. 8. Abs. 3: es wird auf offner Gant verkauft; Nürnb. Ref. 1522. XXIII. § 10: der Gläubiger bietet das Pfand vor Gericht auf und wird vom Gericht autorisirt, es durch geschworne Unterkeufel zu verkaufen. — Dagegen durfte im Bergischen der Gläubiger das Pfand einseitig und ohne des Schuldners Consens veräußern, Maurenbrecher I. S. 286 N. 112.

keine Reform, ja es wurde die Sicherheit des Realkredits in hohem Maße noch weiter dadurch erschüttert, daß man zahlreiche stillschweigende Pfandrechte und immer allgemeiner auch private Verpfändungen zuließ. Nur an wenigen Orten galt der Satz, daß jedes Pfandrecht an Immobilien zu seiner Entstehung der obrigkeitlichen Mitwirkung bedürfe[21]); meistens gab das gerichtliche Pfandrecht nur einen Vorzug vor den sonstigen Conventionalpfandrechten. Man versuchte dadurch zu helfen, daß man den Schuldner verpflichtete, bei einer weitern Verpfändung dem neuen Gläubiger die bereits bestehenden Pfandrechte anzuzeigen[22]).

VII. Zur Entstehung eines öffentlichen Pfandrechts forderte man die Anmeldung (Insinuation) vor Gericht oder dem Rath und die Eintragung in die Gerichts- oder sonstigen amtlichen Bücher[23]);

[21]) Z. B. revid. Lüb. R. III. 4. 1 (vgl. auch Heise und Cropp I. S. 389); im 1. und 2. Württ. Landr.; erst im 3. ließ man auch auf anderm Wege Pfandrechte entstehen, v. Wächter I. S. 564, 575. In Mecklenburg wurde die Streitfrage, ob Conventionalpfandrechte auch ohne Eintragnng gültig seien, im J. 1704 von der Landesregierung verneint, v. Meibom Mecklenb. Hyp.R. S. 6.

[22]) Tengler bei Kraut § 78 no. 76, Wormser Ref. V. 3. tit. 2. Abs. 18, Nürnb. Ref. v. 1564. XX. § 2, Freiburg. Statt. II. 8. Abs. 7. — Tiroler Weisth. III. S. 347 Z. 14 ff. v. J. 1427: wer dieselbe Sache zweimal verkauft oder verpfändet, ist mit Leib und Gut verfallen und wird wie ein Dieb gerichtet. Radolphzeller Hals-Ger.O. v. 1506 § 11: wer dieselbe Sache mehrmals verpfändet und nicht von der früheren Verpfändung Meldung thut, soll ertränkt werden. Urtheil zu Ueberlingen v. 1533 (Anz. f. Kunde deutscher Vorzeit 1874. S. 12), daß Jemand den Tod erleiden soll, weil „er seine Güter verkauft und die Versatzungen nit geöffnet".

[23]) Freiburg. Statt. II. 8. Abs. 4: Eintragung in die Gerichtsbücher, öffentliche Fertigung vor Gericht; Solmser L. O. II. 15. § 1: Bestellung vor Gericht und Eintragung in das Schöffenbuch; Frankf. Ref. II. 18. § 2, 3: Bestellung vor dem Bürgermeister in der Kanzlei und Eintragung; Lüb. Stadtr. III. 4. § 1: Verpfändung vor dem Rath; Hamb. Statt. II. 4. 4: vor dem Rath in offener Audienz und Eintragung in das Stadtbuch; Lüneb. Ref. II. 7. § 3, 5, 6: Eintragung in besondere Contraktbücher, welche von den Rentenbüchern verschieden sind, vgl. § 2; II. 17: es sei dies im Gegensatz gegen das gemeine kaiserliche Recht ein langwähriger Gebrauch des sächs. Rechts; Braunschw. Unter-Ger. O. (Pufendorf IV. p. 127): Bestellung mit Wissen des Gerichts und Eintragung in das Gerichtsbuch; Const. Sax. II. 23: gerichtliche Insinuation, Kursächs. Proz. O. v. 1622. tit. 46. § 2; Kurköln. Landr. Rechts-O. v. 1663. XIII. § 1, 2; Kurtrierer Landr. XIII. § 2—4. — Nach Hannov. Recht

bald war die Bestellung des Pfandrechts, bald der Vertrag einzutragen, welcher durch ein Pfandrecht gesichert wurde[24]). Regelmäßig ist diejenige Behörde kompetent, in deren Sprengel das Grundstück liegt (judex rei sitae); bisweilen begnügte man sich damit, daß der Pfandvertrag nur überhaupt durch irgend einen Richter bestätigt würde[25]), bei welcher Auffassung es dann an jeder Realsicherheit fehlte.

An den allerwenigsten Orten gab es im 16. und 17. Jahrhunder eigentliche Pfand- oder Hypothekenbücher[25a]); im allgemeinen protokollirte man die Pfandverträge in den Gerichtsbüchern, in welchen die verschiedensten gerichtlichen Rechtsgeschäfte eingetragen wurden, so daß die sich auf dasselbe Grundstück beziehenden Verhälnisse an getrennten Orten verzeichnet waren und keine Uebersichtlichkeit erzielt wurde. Aber auch wo eigentliche Hypothekenbücher eingeführt wurden, war deren Einrichtung zunächst eine sehr unvollkommene[26]); sie waren nicht mit den Grundbüchern verbunden, woher die rechtliche Beschaffenheit des Grundstücks, der Eigenthümer, der sonst zu Dispositionen berechtigte u. s. w. sich nicht sofort ersehen ließ.

VIII. Wenn der Richter bei Bestellung des Pfandrechts zugezogen wurde, hatte er nicht bloß einfach den Willen der Personen zu protokolliren, sondern zugleich eine causae cognitio vorzunehmen und das Geschäft zu confirmiren; nach einigen Rechten war die Bestellung sogar von seinem Consens, seiner „Gunst" abhängig[27]). Er soll darauf hinwirken, daß das Recht des Gläubigers gesichert ist, untersuchen, ob das Pfand zur Deckung der Forderung ausreicht, ob auf der Sache bereits andere Pfandrechte lasten, und dem Gläubiger

---

Registrirung des Pfandkontrakts zu den Akten, Leonhardt Rechtsverhältnisse am Grundeigenthum S. 50 ff., 55 ff., über Oesterreich Johanny (vgl. N. 3) S. 32 ff.

[24]) Das letztere noch im J. 1790 in Oesterreich, Roth B. II. S. 151 N. 38.

[25]) Strube Bedenken I. no. 18.

[25a]) Vgl. auch oben § 107 N. 4.

[26]) Einige Nachweisungen über die Geschichte der Grund- und Hypothekenbücher oben I. § 67.

[27]) Erl. sächs. Proz. O. v. 1724 ad tit. 44. § 1, Haubold § 210 N. b. — Nach dem Mecklenb. Ges. v. 1516 sollen künftig Pfandrechte nur mit Genehmigung der Obrigkeit bestellt werden, Böhlau I. S. 117 N. 10. — Landbuch von Davos S. 77 f.

dies bemerklich machen, wenn es der Fall ist[28]). Nach manchen Gesetzen war die Verschuldbarkeit der Grundstücke in gewisse Grenzen eingeschlossen und sollte der Richter nur die Hälfte, zwei Drittel u. s. w. des Werths derselben durch Pfandrechte beschweren lassen[29]), ja wohl selbst bei Ueberschreitung der Grenze dem Gläubiger subsidiär für den Ausfall haften (N. 28). Auch galt nach Partikularrechten die weitere Beschränkung, daß Hypotheken nur eine bestimmte Reihe von Jahren Bestand haben sollten[30]).

IX. Die meisten Rechte erkennen außer den öffentlichen auch private Pfandrechte an. Hier bedurfte es besonderer Vorschriften über den Rang der verschiedenen Hypotheken; regelmäßig erhalten die öffentlichen Pfandrechte ein Vorzugsrecht, welches aber theilweise wieder durch einzelne privilegirte Pfandrechte beeinträchtigt wird[31]).

---

[28]) Brückner § 502, Trierer Landr. XIII. § 4. — Nach schweizer. Partikularrechten haftet die Behörde eine gewisse Zeit hindurch unbedingt für die Zulänglichkeit des Pfandes, v. Wyß Referat über die schweiz. Hypothekenrechte. S. 59.

[29]) Nur die Hälfte des Werths, Brückner § 594, Mascher S. 278 f.; sächs. Bestimmungen bis zu $^2/_3$, Haubold § 210 N. h, i (erst 1827 und 1829 aufgehoben), Hesse S. 180; anhaltinische Bestimmungen erst 1831, resp. 1850 aufgehoben, Mascher S. 332 f., bairische bei Regelsberger d. bayer. Hyp. R. I. S. 6, 7. — Nach dem großherzogl. Hess. Hyp. G. v. 1858 art. 30 soll „der Güterwerth . . . wo möglich den doppelten Betrag der Hauptforderung erreichen“. — Die Preuß. Bestimmung, daß Bauergüter nicht über die Hälfte des Werths belastet werden sollen, ist durch VO. v. 29. Dez 1843, die Beschränkungen für den Bezirk des Just. Senats zu Ehrenbreitstein sind durch Gesetz v. 2. Febr. 1864. § 21 u. s. w. aufgehoben. — Ueber schweiz. Bestimmungen v. Wyß S. 58 f.

[30]) Tiroler W. I. S. 255. § 19: auf 3 Jahre; I. S. 6, II. S. 76 Z. 20: auf 5 Jahre. Schweiz. Bestimmungen v. Wyß S. 78 f. — Derart. lehnrechtliche Vorschriften unten § 125 N. 7. — Noch das Gesetz für Baden v. 5. Juni 1860 art. 1 sagt: „die Einträge der Vorzugs- und Unterpfandsrechte, welche länger als 30 Jahre in den Grund- u. Unterpfandsbüchern eingeschrieben sind, müssen erneuert werden.“

[31]) Ratzeb. Stadtr. v. 1582 (Pufendorf IV. S. 233): die im Stadtbuch eingetragenen Pfandrechte gehen den übrigen ohne Rücksicht auf deren Alter vor; Lauenburger Stadtr. III. c. 6 (Pufend. III. p. 328), Statt. v. Peina (Pufend. IV. p. 254), Lüneb. Ref. II. 7. § 6, II. 17, II. 20. § 12: die sonstigen Privat- und die stillschweigenden Pfandrechte rangiren nach dem Alter. — Hamb. Statt. II. 5. § 1 vgl. mit § 7 ff. (Baumeister I. S. 238 ff.): nach den eingetragenen und einigen privilegirten kommen die Privat- und die stillschweigenden Hypotheken in der Reihenfolge ihres Alters. — Const. Sax. II. 23, kursächs. Proz. O. v. 1622. XLVI. § 3, Erläuter. der Köln. Rechts-Ordnung XIII.

X. Eine besonders unglückliche Neuerung war es, daß man mit der Rezeption des fremden Rechts[32]) die gesetzlichen Spezial- und Generalhypotheken aufnahm und einzelne derselben noch mit einem besondern Vorzugsrecht ausstattete[33]). Was die Spezialhypotheken angeht, so wurde z. B. die Hypothek des Vermiethers an den invecta und illata des Miethers wegen des Miethzinses[34]), des Verpächters an den auf dem Gut gewonnenen Früchten[35]), desjenigen, welcher Geld zur Wiederherstellung eines Gebäudes geliehen hat, an dem Gebäude[36]) u. s. w. aus dem fremden Recht herübergenommen. Neue wurden hinzugefügt, z. B. erhielten in Ausdehnung des zuletzt genannten gemeinrechtlichen Pfandrechts auch die Handwerker, welche an einem Hause oder Schiff gearbeitet haben, an demselben ein stillschweigendes Pfandrecht[37]); oder es sollte ein solches der Verkäufer an dem von ihm verkauften Grundstück für die rückständigen Kaufgelder haben[38]) u. s. w.

---

§ 1. — Trierer Landr. XIII. § 5, 22 f. (vgl. auch die frühere Trierer BO. v. 1662 bei Maurenbrecher Prov. R. II. S. 165 N. 160): gerichtliche, dann notariell oder vor 3 Zeugen aufgenommene, dann Pfandverschreibungen vor 2 Zeugen, endlich einfache Pfandverschreibungen; doch wird diese Ordnung wieder durch mannigfache Privilegien unterbrochen, § 11 ff. — Vgl. ferner Steinacker S. 453 ff., Schletter's Jahrbb. II. S. 249 u. s. w.

[32]) Einzelne gesetzliche Hypotheken finden sich schon im Mittelalter, z. B. Brünner Schöffenb. c. 561.

[33]) Vgl. z. B. Heimbach § 208, Baumeister I. S. 229 ff., 233 f. — Des Zusammenhangs wegen sprechen wir gelegentlich auch von Mobiliarpfandrechten.

[34]) Vgl. unten im Vertragsrecht III. § 186. 9; diese Hypothek konnte um so eher recipirt werden, als der Vermiether schon nach deutschem Recht ein Pfändungsrecht gehabt hatte.

[35]) z. B. Nürnb. Ref. v. 1564. XXI. 1. § 5, Frankf. II. 19. § 4, Läneb. II. 19. § 4, Hamb. Statt. II. 4. § 13 und sehr häufig.

[36]) z. B. Nürnb. Ref. v. 1564. XXI. 4, vgl. auch XXII. 6, Frankf. II. 19. § 2, Lüneb. II. 19. § 1, Hamb. Statt. II. 4. 14, II. 5. 8, 9 (Baumeister I. S. 232 f.). — Nach den Freiburger Statt. v. 1520. II. 8. Abs. 15 hat der Darleiher nur einen Pfandrechtstitel.

[37]) z. B. Hamburg. Falliten-O. v. 1753. art. 70.

[38]) Nach ältern Würt. Statutarrechten u. dem 3ten Landr., v. Wächter I. S. 86 N. 10, S. 566, Lüneb. Ref. II. 2. § 1, Thomas S. 240, 243 N. g, Kümpel S. 111 v. Meibom in Bekker's u. Muthers Jahrb. IV. S. 489. N. 107, Bähr in Ihering's Jahrbb. VI. S. 174 N. 37; vgl. auch oben § 95 N. 19.

Ebenso recipirte man die gesetzlichen Generalhypotheken und gab in den Partikularrechten eingehendere Vorschriften über die Hypothek der Frau wegen ihrer Dos am Vermögen des Mannes, der Kinder am Vermögen der Eltern, besonders wenn sich der überlebende Gatte wieder verheirathet, des Mündels am Vermögen des Vormunds u. s. w. Zu den gemeinrechtlichen kamen noch neue Generalhypotheken hinzu[39]), von denen einzelne ihren Grund nur in einem Mißverständniß des römischen Rechts haben. So soll jetzt der Fiskus eine Generalhypothek auch wegen seiner Strafforderungen besitzen[40]); das Recht des Fiskus wegen seiner Steuerforderungen wird auch den Gemeinden, Patrimonialobrigkeiten u. s. w. ertheilt[41]). Wie nach römischem Recht der Mündel am Vermögen des Vormunds ein stillschweigendes generelles Pfandrecht hat, sollen nach Partikularrecht in gleicher Weise auch der Fiskus, Kirchen, Gemeinden, juristische Personen, piae causae, Schulen, Zünfte ihren Beamten und Verwaltern gegenüber gedeckt sein[42]). Die piae causae sollen eine Generalhypothek am Vermögen ihrer Schuldner[43]), der Guts- oder Erbzinsherr wegen rückständiger bäuerlicher Gefälle an den Gütern der Meier, Colonen, Erbzinsleute[44]) u. s. w. haben.

Dies waren gesetzliche Generalhypotheken. Dagegen schwankte man, ob auch durch Vertrag Generalpfandrechte bestellt werden dürften[45]).

---

[39]) Wir beschränken uns auf einzelne Beispiele; denn hierin sind die Partikularrechte sehr erfindungsreich und willkürlich, so wenn z. B. die Nürnb. Ref. v. 1564. XXI. 5 der Stadt, welche einem unvermögenden Fleischer ein Darlehen zum Ankauf eines Ochsen gegeben hat, ein stillschweigendes Pfandrecht am Vermögen desselben ertheilt.

[40]) Wormser Ref. V. 3. tit 5. Abs. 3, Freiburger Statt. II. 8. § ult., Haubold § 203 N. d, v. Wächter I. S. 599 N. 2, Kümpel S. 109.

[41]) Haubold § 203 N. e, Steinacker S. 452, v. Wächter I. S. 566 N. 30, S. 599 N. 103.

[42]) Frankf. Ref. II. 19. § 7, Kursächs. Proz. O. v. 1622. 45. § 3 (Haubold § 203 N. i, k). — Thomas § 438. VI, Kümpel S. 110 N. 5, Steinacker S. 452, Baumeister I. S. 234, Roth K. I. S. 257. — Ueber die Hypothek des Fiskus vgl. z. B. Kümpel S. 109, Brückner § 480, 481.

[43]) Thomas § 438. VI, Steinacker S. 450, Haubold § 203 N. l.

[44]) Steinacker S. 450.

[45]) Das erste Würt. Ldr. läßt vertragsmäßig nur einzelne Liegenschaften, einzelne Mobilien oder die gesammte Fahrniß verpfänden, das dritte Ldr. läßt

Die Reihenfolge, in welcher die Privat- und die gesetzlichen Pfandrechte zu befriedigen wären, wurde in theilweisem Anschluß an das gemeine Recht mannigfaltig geordnet und dabei einzelnen generellen oder speziellen Pfandrechten ein Vorzug eingeräumt[46]). Konkurrirte ein Spezial- mit einem Generalpfandrecht, so trat wieder eine höchst verschiedene Behandlung in den Partikularrechten ein: bald soll das spezielle Pfandrecht unbedingt vorgehen[47]), bald das Alter über den Vorzug entscheiden, so daß der ältere Generalpfandberechtigte auch die einem Andern später verpfändete Sache sofort zu seiner Befriedigung in Anspruch nehmen kann[48]), bald soll derselbe zunächst aus dem übrigen Vermögen seine Befriedigung suchen und das Spezialpfand eines Andern nur angreifen, wenn er sonst zu keiner völligen Befriedigung gelangt[49]).

Die großen Uebelstände der gesetzlichen Hypotheken wurden einigermaßen dadurch gemildert, daß man, während im gemeinen Recht diese Frage kontrovers war, meistens im Fall einer Generalhypothek die veräußerten Sachen vom Pfandnexus frei werden[50]) und vielfach auch die gesetzlichen speziellen und die Privathypotheken durch Veräußerung untergehen ließ[51]). Nach manchen Rechten ge-

---

überhaupt vertragsmäßige Generalpfandrechte, auch ohne Eintragung in das Gerichtsbuch zu, v. Wächter I. S. 563 f., 574 ff. — Gegen die Entstehung durch Vertrag z. B. die Gesetzgebung von Altenburg, Gotha, Hesse S. 179 N. 27, Heimbach § 205 N. 3.

[46]) Diese partikularrechtlichen Bildungen haben keinen wissenschaftlichen Werth und werden daher hier übergangen, vgl. z. B. v. Wächter I. S. 579 f.

[47]) Bluntschli Zür. R. G. II. S. 131.

[48]) Wormser Ref. V. 3. tit. 13. Abs. 1, Kurköln. Ldr. XIII. § 2, Hamb. Statt. II. 5. 13, vgl. auch Haubold § 202 N. d.

[49]) Nürnb. Ref. v. 1564. XXII. 1. § 2, Bresl. Statt. 1577. XI, Frankf. Ref. II. 20. § 2, Wurster Ldr. IX. 21. § 2.

[50]) z. B. Frankf. Ref. II. 19. § 9, Lüneb. Ref. II. 19. § 9, Kurköln. Ldr. XIII. § 4, Bluntschli Zür. R. G. II. S. 131 f., v. Bar Hann. Hyp. R. S. 13 N. 3, S. 19, v. Stemann II. S. 386. — Dagegen soll das Pfandrecht übergehen nach der Frankf. Ref. II. 17. § 17, nach älterm sächs. R. Haubold § 202 N. d.

[51]) Nach älterm hamb. R. erlöschen gesetzliche und Privathypotheken gegen den dritten Erwerber des Grundstücks, wenn sie nicht binnen Jahr und Tag nach erfolgter Verlassung und Umschreibung des Grundstücks im Grundbuch geltend gemacht werden, — nach späterer Praxis schon, wenn sie bei öffentlichem

stalteten sich die Generalhypotheken zu persönlichen Vorzugsrechten im Konkurse[52]).

XI. Hatte sich in einzelnen Rechtsgebieten das Prinzip der unbedingten Publizität und zum Theil auch der Spezialität erhalten, so wurde dasselbe im 17., besonders aber seit dem Anfang des 18. Jahrhunderts in einer Anzahl von Ländern eingeführt, welche bisher neben den öffentlichen noch Privat- und gesetzliche Hypotheken oder auch Generalhypotheken anerkannt hatten. Um reformirend für eine größere Sicherheit des Realkredits zu sorgen, wird jetzt die Norm aufgestellt: nur in das obrigkeitliche Pfandbuch eingetragene Pfandrechte sind gültig, alle andern sind null und nichtig[53]).

Die Reformen bewegten sich hauptsächlich nach folgenden Richtungen[54]):

a) es werden alle nicht öffentlichen vertragsmäßigen Hypotheken[55]),

---

Verkauf nicht im Verkaufstermin zu Protokoll angemeldet werden; bei Verkauf unter der Hand und ohne öffentliche Verlassung behielten sie ihre Wirksamkeit. — Nach dem Recht von 1618 sollten sie gegen den neuen Erwerber zwischen der öffentlichen Verlassung und der frühestens drei Tage darauf erfolgenden Umschreibung geltend gemacht werden, Heise und Cropp Abh. I. S. 398 ff., Baumeister I. S. 120 ff. — Vgl. auch Steinacker S. 401 N. 4, S. 465 f.

[52]) Vgl. z. B. v. Bar Hann. Hyp. R. S. 10, v. Meibom Meckl. Hyp. R. S. 43. — So auch nach dem neuen Züricher GB. § 889: das generelle Pfandrecht, welches an Mobilien und Immobilien durch kanzleiische Fertigung begründet werden kann, steht allen Spezialpfandrechten, auch den jüngeren nach, beschränkt den Schuldner nicht in der Disposition über sein Vermögen und giebt dem Gläubiger nur in dem Konkurs das Recht, nach den speziell versicherten und vor den laufenden Gläubigern Befriedigung aus dem noch vorhandenen, nicht speziell versicherten Gut zu fordern; vgl. auch § 896 ff. die entsprechenden Vorschriften über die gesetzlichen Generalpfandrechte.

[53]) In Preußen zunächst für Ostpreußen in dem Landrecht v. 1620, vgl. Koch § 227. — Nördling. Statt. v. 1650. IX. § 2 (Arnold Beiträge II. S. 495).

In einzelnen Ländern aber erst viel später; vgl. z. B. Baier. Einf.-Ges. z. Hyp. Ges. v. 1822. § 9, in Nassau erst seit dem Pfand- u. Prior. Ges. v. 15. Mai 1851.

[54]) Besonders einflußreich war die Preuß. Conkurs- u. Hyp.-Ordnung v. 4. Febr. 1722 (über sie Dernburg u. Hinrichs Preuß. Hyp. R. S. 17 ff.) und die sächs. erl. Proz. O. v. 10. Jan. 1724.

[55]) Schon nach der Braunschw. Unter-Ger. O. (Pufendorf IV. S. 127)

b) es werden alle Generalhypotheken aufgehoben. Wenn Jemand sein ganzes Vermögen, zu welchem auch Grundstücke gehören, verpfänden will, sind im Hypothekenbuch bei den einzelnen Grundstücken Spezialhypotheken einzutragen[55a]);

c) es werden die gesetzlichen Pfandrechte an Immobilien[56]) aufgehoben; das Gesetz giebt jetzt nur einen Pfandrechtstitel, auf Grund dessen der Berechtigte die Begründung eines Pfandrechts durch Eintrag fordern kann[57]);

d) es werden die besonderen Privilegien einzelner Pfandrechte aufgehoben; über ihre Ordnung soll lediglich die Zeit der Eintragung entscheiden.

So hatte man theils die Prinzipien des ältern Rechts wieder zur Geltung gebracht, theils sie aber noch bestimmter ausgebildet und die dem Immobiliarkredit schädlichen römischen Grundsätze ausgestoßen.

Zweiter Abschnitt. Das neueste Hypothekenrecht.

Quellen und Literatur.

Mascher das deutsche Grundbuch- und Hypothekenwesen. Berlin 1869. 806 S. (eine unselbständige, viel Material sammelnde, aber nicht verarbeitende Compilation mit unzweckmäßiger Anordnung und weitschweifigen Wiederholungen. Die Literatur ist sehr unvollkommen benützt. Brauchbar sind die Auszüge aus den partikulären Gesetzen).

Deutsches Hypothekenrecht. Nach den Landesgesetzen der größeren deutschen Staaten systematisch dargestellt; herausgegeben von v. Meibom 1871 ff. 8 Bände.

---

stehen die ohne Wissen des Gerichts begründeten Pfandrechte den chirographarischen Forderungen gleich. — Exner Oestr. Hyp. R. S. 65 f. — Nach dem Weimarschen Patent v. 1730 (Emminghaus S. 123 N. 2) sind dieselben nicht bloß ungültig, sondern können auch mit einer Strafe belegt werden.

55a) Vgl. z. B. Exner S. 59 f.

56) An Mobilien bestehen sie weiter fort oder werden neu ausgebildet.

57) Strube Bedenken I. S. 52 f. — Mecklenb. Erbvgl. v. 1755. § 371. — Bernburg. Ed. v. 17. Juni 1776 (Heimbach § 208 N. 26), Preuß. Hyp.O. v. 1783. II. § 182 ff. — Sächs. erläut. Proz. O. v. 1724. XLV. § 1; die vollkommene Aufhebung der gesetzlichen Hypotheken in Sachsen 1829, resp. 1844, Haubold § 202. Anm. 1—3 u. § 206. — Aufhebung in Würtemberg im J. 1825, v. Wächter I. S. 976.

(Die Sammlung ist bis auf die 2. Abth. des 8. Bandes (Preuß. Recht) abgeschlossen und bringt das Recht von Hannover, Mecklenburg, Baiern, Sachsen, Oestreich, Würtemberg, das rheinisch französische und das Preußische Recht zur Darstellung. Die einzelnen Bände werden im folgenden citirt.)

Preußen. Hyp. u. Conkurs-O. v. 4. Febr. 1722, allg. Hypotheken O. v. 20. Dez. 1783, Preuß. Landr., Gesetz v. 24. Mai 1853 betreffend einige Abänderungen der Hypotheken O. — Gesetz v. 5. Mai 1872 über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten; und die Grundbuch-Ordnung vom demselben Datum. (Unter den verschiedenen Entwürfen sind besonders wichtig die in amtlicher Ausgabe erschienenen: Preuß. Gesetzentwürfe über Grundeigenthum und Hyp. R. nebst Motiven. Herausgeg. v. Königl. Just. Ministerium. Berlin 1869.)

Die Gesetze von 1872 wurden zunächst nur in denjenigen Landestheilen eingeführt, in welchen das Landr. und die Preuß. Hyp. O. galt. Unter den damals noch bestehen bleibenden provinzialrechtlichen Gesetzen ist hervorzuheben: d. Ges. v. 24. Apr. 1854 für die hohenzollern'schen Fürstenthümer, d. Ges. v. 2. Februar 1864 zur Verbesserung des Kontrakten- und Hypothekenwesens im Bez. des Justizsenats zu Ehrenbreitstein, das Ges. v. 21. März 1868 betr. die Einführung von Grund- und Hypothekenbüchern und die Verpfändung von Seeschiffen in Neuvorpommern und Rügen; ferner für Nassau das Pfand- und Prioritätsgesetz v. 15. Mai 1851 (vgl. Bertram das Nassauische Privatrecht) und für Hannover d. Hyp. Ordn. v. 14. Dez. 1864, (darüber v. Bar das Hannoversche Hyp. R. 1871, 1. Band der v. Meibom'schen Sammlung).

Die Preuß. Gesetze von 1872 sind darauf im J. 1873 mit größeren oder geringeren Modifikationen unter Berücksichtigung der provinziellen Eigenthümlichkeiten in andern Landestheilen eingeführt: Ges. v. 26. Mai für Neuvorpommern u. Rügen, v. 27. Mai für Schleswig.-Holstein, (Seestern-Pauly das Grundbuchrecht für die Provinz Schlesw.-Holstein 1874), v. 28. Mai für die Provinz Hannover mit Ausnahme des Jadegebiets (vgl. auch Griesebach in d. Ztschr. f. Hannov. R. VIII. 1876. S. 351—414), v. 29. Mai für den Bez. des App. Ger. zu Kassel mit Ausschluß des Amtsgerichtsbezirks von Vöhl (vgl. Platner Sachenrecht mit besonderer Rücksicht auf d. frühere Kurfürstenthum Hessen. 1875. S. 171—215), v. 30. Mai für den Bez. des Just. Sen. zu Ehrenbreitstein, v. 31. Mai für die Hohenzollern'schen Lande.

Ueber das neueste Preuß. Hyp. R. v. J. 1872 Förster III. § 190—195, 198—200, Dernburg I. § 190—206, § 313—353, Dernburg und Hinrichs d. Preuß. Hyp. R. 1877 (8. Band der v. Meibom'schen Sammlung; die 2. Abth. ist noch nicht erschienen) und die oben § 95 N. 3 angef. Literatur.

Baiern. Hypothekengesetz v. 1. Juni 1822; von dems. Tage Prioritätsordnung und Instr. zum Vollzug des Hyp. Gesetzes. — v. Gönner Comm. über d. Hyp. G., 2. ergänzte Auflage v. C. Graf. 3 Bände. Münch. 1868; Roth B. II. § 181—198 (S. 374—498); Regelsberger Studien im bayer. Hypothekenrechte mit vergleichender Rücksicht auf andere neuere Hypothekengesetz-

gebungen (aus den Bl. f. Rechtsanwendung) Erl. 1872; ders. das bayerische Hyp. Recht. 1874, 1877 (der 3. Band der v. Meibom'schen Sammlung).

Württemberg. Das Pfandges. v. 15. Apr. 1825 u. d. Ges. die vollständige Entwickelung des neuen Pfandsystems betreffend v. 21. Mai 1828. — Reyscher § 307—342, v. Wächter I. S. 272 ff., besonders aber Erörterungen Heft I. no. 7. S. 137—282, Römer das Württembergische Unterpfandrecht 1876 (6. Band d. v. Meibom'schen Sammlung) und Lang Handb. des im Kgr. Württ. geltenden Sachenrechts II. 1880 S. 133—479.

Königreich Sachsen. Gesetz v. 6. Nov. 1843 die Grund- u. Hypothekenbücher und das Hypothekenwesen betreffend; Bürgerl. G. B. § 369 ff., 387 ff.; VO. das Verfahren in nicht streitigen Rechtssachen betr. v. 9. Jan. 1865. § 83 bis 233. Heyne Comm. über d. sächs. Ges. d. Grund- und Hyp. Bücher betr. 2 Bände. 1845, 46; Siegmann d. kgl. sächs. Hyp. O. Ein Commentar zu den d. Verfahren in Grund- und Hypothekensachen betreffenden Abschnitten der Verordnungen v. 9. Jan. 1865 u. 3. Aug. 1868. Leipz. 1872; Schmidt Vorlesungen S. 259—294; Siegmann d. kgl. sächs. Hypothekenrecht. 1875. (4. Bd. der v. Meibom'schen Sammlung).

Baden. Im wesentlichen gilt hier französisches Recht; vgl. darüber Heinsheimer das badische Pfandrecht. 1876, in d. v. Meibom'schen Sammlung VII. Abth. 2. S. 95—196; hier werden S. 101 f. auch die besonderen badischen Gesetze aufgeführt.

Großherzogthum Hessen. Gesetz v. 15. Sept. 1858; darüber Wilh. Müller das Pfandr. nach dem Großherzogl. Hessischen Ges. v. 15. Sept. 1858 erläutert. 1871.

In Mecklenburg gelten für die einzelnen Güterarten verschiedene Hypothekenordnungen. Besonders hervorzuheben sind: Hyp. O. f. d. ritterschaftlichen Landgüter v. 1819, revid. Hyp. O. f. Landgüter v. 18. Okt. 1848; Stadtbuch O. v. 22. Dez. 1829, in Meckl.-Strelitz am 6. Jan. 1830 publizirt; revidirte Stadtbuch O. v. 21. Dez. 1857; VO. v. 3. Mai 1879. — v. Meibom das Mecklenb. Hypothekenrecht. Leipz. 1871 (2. Band seiner Sammlung); vgl. auch v. Duhn deutschrechtliche Arbeiten. Lüb. 1877 S. 119 ff.

Oldenburg. Hypotheken-, Concurs- u. Vergantungsordnung v. 11. Okt. 1814; Gess. v. 3. April 1876 (in Anschluß an die Preuß. Gesetzgebung); herausgegeben mit Erläuterungen von v. Beaulieu-Marconnay 1876.

Braunschweig. Ueber sein älteres komplicirtes System vgl. Steinacker S. 450 ff. Vgl. auch Cirkularreskript des O. Landesgerichts zu Wolfenbüttel v. 3. März 1842, die Einrichtung und Führung der Hypothekenakten und Hypothekenbücher betreffend. Jetzt, der Preuß. Gesetzgebung nachgebildet, Gesetze vom 8. März 1878; Mansfeld die Grundbuchgesetze des Herzogth. Braunschweig 1878.

Sachsen-Weimar. Ges. über das Recht an Faustpfändern und Hypotheken v. 6. Mai 1839 (396 §§) und dazu Ausführungs-VO. v. 12. März 1841 (190 §§).

Sachsen-Meiningen. Ges. v. 15. Juli 1862.

Sachsen-Altenburg. Ges. v. 13. Okt. 1852.

Sachsen-Gotha. Ges. v. 22. Apr. 1854, v. 9. Juni 1859 und dazu Ausführungs-Gesetz v. 9. Dez. 1859; Sachsen-Coburg. Ges. v. 24. Mai 1860. Coburg-Gotha v. 1. März 1877.

Anhalt. Für Anh.-Bernburg Ges. v. 25. Aug. 1862 über die Einführung von Grund- u. Hyp.-Büchern und über d. Hypothekenwesen; für Anhalt überhaupt Ges. v. 13. Apr. 1870 und Ges. v. 11. März 1877 betr. die Einführung von Grundbüchern.

Schwarzburg. Schw.-Sondershausen Ges. v. 15. Apr. 1852 u. 20. Juli 1857, Nachtragsgess. v. 31. Dez. 1867, 11. Juli 1870, 11. Jan. 1872 und v. 2. Aug. 1882 (nach dem Muster der Preuß. Gesetze); Schw.-Rudolstadt v. 6. Juni 1856.

Waldeck. Ges. v. 8. Juni 1863; über das frühere Recht Weigel S. 29 ff. Durch Ges. v. 25. Jan. 1881 sind die Preußischen Gesetze mit einzelnen speziellen Bestimmungen eingeführt.

Reuß ä. L. Hyp.-O. v. 24. Dez. 1845; sie gehört der ältern Entwickelungsperiode an; dann aber Ges. v. 27. Febr. 1873.

Reuß j. L. Ges. v. 20. Nov. 1858; 27. Febr. 1873.

Lippe. Alte Hyp. O. v. 12. März 1771, mit einzelnen Nachtragsgesetzen, besonders der VO. v. 26. Jan. 1841, daß nicht eingetragene Hypotheken nur einen Vorzug der betreffenden Forderung vor chirographarischen begründen; nach Preuß. Muster Ges. v. 27. Juli 1882. — Aus Schaumburg-Lippe ist mir kein Hypotheken-Gesetz bekannt, außer dem Ges. v. 23. Apr. 1880 betreffend die Aufhebung des gegen die Pfandklage zuständigen beneficium excussionis personalis; im übrigen scheint hier das gemeine Recht zu gelten.

Hamburg. Ges. v. 4. Dez. 1868 über Grundeigenthum und Hypotheken.

Bremen. Erbe- und Handfesten-Ordnung v. 30. Juli 1860. — Post das gemeine und Hansestadt-bremische Immobiliar- und Familienrecht. 1871 (3. Band seines brem. Privatrechts).

Lübeck. Stadtbuchs-O. v. 6. Juni 1818 (v. Duhn deutschrechtliche Arbeiten 1877 S. 32 ff.), Hyp. O. v. 22. März 1820, Ges. v. 25. März 1848, Ges. v. 16. Juli 1879, Hypotheken Ordnung v. 5. Mai 1880, mit dem Nachtrag v. 27. März 1882

Frankreich. Zachariä II § 256—295, Puchelt das franz. Privilegien- u. Hypothekenrecht 1876 (VII. 1 der v. Meibom'schen Sammlung). — Franken Gesch. des französ. Pfandrechts I 1879.

Eine besondere Darstellung des französischen Pfandrechts in Elsaß-Lothringen von Dreyer, in der Preuß. Rheinprovinz von Gorius, in der baier. Pfalz von Thoma, in Rheinhessen v. Lippold enthält Band VII Abth. 2 der v. Meibom'schen Sammlung 1876. Ueber Baden vgl. oben S. 330.

Oesterreich. Allg. Grundbuchgesetz v. 25. Juli 1871. — Exner das Publizitätsprinzip, Studien zum östr. Hypothekenrecht. Wien 1870; die Reform des Hyp. Rechts in Oesterr., in Behrend's Zeitschr. VI. S. 178 ff., 584 ff. Vgl. auch Randa in d. Oestr. Ger. Zeit. 1871. no. 36—44. 1872. no. 33—35

und in d. krit. Viertelj. Schr. XVI. 1874. S. 17 ff. — Ganz besonders Exner das Oesterr. Hypothekenrecht 1876, 81 (5. Band der v. Meibom'schen Sammlung).

Schweiz. Zür. G. B. § 776 ff. — Bernisches Ges. v. 3. Apr. 1861 (auch in König's Bern. Civilgesetzen II. S. 366 ff.) — v. Wyß d. Rechtskraft der Grundprotokolleinträge nach den Rechten der deutschen Schweiz, insbesondere Zürichs, in d. Ztsch. f. schweizer. Recht, XVII. 2. Abth. S. 91—148. — Derselbe Referat über die schweizer. Hypothekenrechte, erstattet dem schweiz. Juristenverein. Basel. 1874 und: Beiträge zu den schweizer. Hypothekenrechten in d. Ztschr. f. schweiz. R. XIX. S. 3—67 (1875).

Schriften über die neueste Gestaltung des Hypothekenrechts, mit hauptsächlicher Beziehung auf die Preuß. Gesetze:

Göppert in d. Preuß. Anw. Zeitung 1864. no. 33—37, S. 257—295. — Bekker die Reform des Hypothekenwesens als Aufgabe des norddeutschen Bundes. Berl. 1867. — Lette das landwirthschaftliche Kredit- u. Hyp.-Wesen. Berlin 1868. — F. P. Bremer Hypothek und Grundschuld. Eine dogmatische Untersuchung mit krit. Berücksichtigung des Preuß. Gesetzentwurfs. Gött. 1869. — Ziebarth die Reform des Grundbuchrechts. Kritik der preuß. Gesetzentwürfe über Grundeigenthum und Hypothekenrecht. Halle 1870. S. 64—92. — Otto Bähr die Preuß. Gesetzentwürfe über die Rechte an Grundvermögen, in v. Jhering's Jahrbb. 1871. XI. S. 1—137. — v. Bar über den selbständigen Charakter der Hypothek (Realobligation) im neueren Hypothekenrechte mit besonderer Berücksichtigung des neuen preuß. Gesetzentwurfs, im Arch. f. civ. Praxis LIII. S. 562—587. — Gerh. Buchka die Hypothek des Eigenthümers nach den neuesten deutschen Gesetzgebungen in ihrem Verhältniß zum röm. Recht. Wismar. 1875. — E. Paris Collision der Hypothek mit dem Eigenthum. Eine Kritik der betreffenden Entscheidungen des Kgl. O. Trib. u. Beleuchtung ihres Einflusses auf das neue Eigenthumsgesetz. Köslin 1875. — Sohm über die Natur und Geschichte der modernen Hypothek, in Grünhut's Ztschr. V. S. 1—37. — Ludw. Kühnast Untersuchung des Begriffs der Grundschuld. Rummelsburg 1877. — H. Colberg über die Bedeutung des öffentlichen Glaubens des Hypothekenbuchs. Halle 1877. — v. Roth die hypothekarische Succession und die Eigenthümer-Hypothek im Arch. f. civ. Praxis LXII. 1879. S. 97—148. (Separatabzug.)

So wie Manche die Reallasten in dem Obligationenrecht abhandeln, lassen sich auch Gründe dafür beibringen, daß man das moderne Hypothekenrecht in das Obligationenrecht stellt: denn die Hypothek ist zu einer besonders qualifizirten Obligation geworden.

§ 109. Die moderne Hypothek.

Nachdem die Preußische (1722) und kursächsische Gesetzgebung (1724) in ausführlicheren Hypothekengesetzen die Prinzipien der Publizität und der Spezialität theils wiederhergestellt, theils in festerer Weise durchgeführt hatten, sind dieselben in einem sich immer mehr ausdehnenden Ländergebiet anerkannt und durch neuere Hypothekenordnungen normirt worden. Zugleich sind in Zusammenhang mit den ältern Auffassungen über Pfandrecht und Rentenkauf einzelne Bestimmungen für die Hypotheken zur Geltung gebracht, welche dieselben in selbständiger, vom römischen Rechte prinzipiell abweichender Weise regeln und den Reallasten annähern. In dieser Richtung erlangten vielfach einen maßgebenden Einfluß die neuere Mecklenburgische Gesetzgebung, besonders die revidirte Stadtbuchordnung vom 21. Dezember 1857, und in neuester Zeit die Preußischen Gesetze von 1872, deren Bestimmungen theils mehr, theils weniger wörtlich in die seither in andern deutschen Staaten erlassenen Hypothekenordnungen übergegangen sind[1])

1. Die Hypothek des modernen Rechts, neben welcher das Nutzungspfand oder die Antichrese nur von untergeordneter Bedeutung ist (§ 111. 8), unterscheidet sich ihrem innern Wesen nach wesentlich von der Hypothek des römischen Rechts. Ein Forderungsrecht wird durch Eintragung im Grundbuche mit dem betreffenden Grundstück in der Art in Verbindung gesetzt, daß der jedesmalige Eigenthümer desselben als Schuldner erscheint und dem Gläubiger mit dem Grundstück für den Belauf der Forderung verhaftet ist. Der moderne Hypothekengläubiger kann, wenn ihm seine Forderung nicht erfüllt ist, sich sofort an den Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks halten und von ihm auch dann die Befriedigung fordern, wenn er gar nicht sein persönlicher Schuldner ist. Die Hypothek giebt ihm nicht ein bloß in subsidium geltend zu machendes, sondern ein prinzipales Recht, dem die exceptio excussionis nicht entgegensteht.

---

[1]) Das Preußische Gesetz über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke und die Preußische Grundbuchordnung haben für das Hypothekenrecht eine ähnliche Bedeutung in Deutschland gewonnen, wie das Preußische Berggesetz von 1865 für die spätere partikuläre Bergesetzgebung (vgl. unten § 141).

2. Der Hypothekengläubiger hat ein in gewissem Umfange[1a]) selbständiges, von der causa debendi losgelöstes Recht auf Bezahlung einer bestimmten Summe gegen den Eigenthümer des Grundstücks.

Die Hypothek wird bestellt für ein Forderungsrecht, sei es ein gegenwärtiges, sei es ein künftiges[1b]) oder bedingtes, woher auch in den meisten Hypothekenordnungen die Eintragung des Rechtstitels neben der Summe der Forderung verlangt wird. Durch die Eintragung im Grundbuch erfährt die Forderung eine wesentliche Modifikation der regelmäßigen obligationenrechtlichen Natur, in ähnlicher Weise, wie die Forderung, über welche ein Wechsel ausgestellt wird, besonderen Normen unterliegt.

Wie jeder Wechsel durch ein obligatorisches Verhältniß veranlaßt wird, ist dies auch bei der Hypothek der Fall, und wie trotz der formalen Natur des Wechselversprechens das demselben zu Grunde liegende Geschäft auf den Anspruch aus dem Wechsel einwirkt, wenn ihn der ursprüngliche Gläubiger geltend macht, so ist auch die Hypothek von der unterliegenden Obligation abhängig, wenn der Hypothekengläubiger zugleich der Gläubiger aus dem ursprünglichen Rechtsverhältniß und der Eigenthümer des mit der Hypothek belegten Grundstücks zugleich der ursprüngliche Schuldner ist oder die persönliche Schuld übernommen hat. In solchen Fällen darf der Schuldner dem Gläubiger alle Einreden aus dem unterliegenden

---

[1a]) Es läßt sich nicht unbedingt und uneingeschränkt die Selbständigkeit der Hypothek vertheidigen; vielmehr kommt es darauf an, wie weit dieselbe in der Hypothekenordnung anerkannt ist. — Einzelne Schriftsteller halten an dem accessorischen Charakter fest, de lege ferenda für die Selbständigkeit z. B. Bekker S. 72 ff. Für Hannover vgl. v. Bar Hannov. Hyp. R. S. 53 ff., für Oesterreich Exner österr. Hypothekenrecht S. 39 ff. Letzterer erklärt sich für die accessorische Natur, aber in einem andern als dem römischen Sinn. Die Pfandforderung sei nicht Existenzbedingung, sondern nur Voraussetzung für die Hypothek; ihr ursprünglicher Mangel oder Fortfall mache die Hypothek nicht nichtig, sondern nur anfechtbar; überdies aber sei im öffentlichen Interesse die Anfechtbarkeit in einzelnen Fällen ausgeschlossen. — Das sind so wesentliche Beschränkungen der accessorischen Natur, daß man sie ebenso gut auch leugnen könnte.

[1b]) Vgl. z. B. Exner S. 129 ff., Römer Württ. Unterpfandsrecht S. 104 ff.

Rechtsverhältniß entgegenstellen, insbesondere auch es geltend machen, daß die betreffende Forderung erloschen ist.

Sowie aber der Wechselschuldner dem Indossatar gegenüber nicht auf das ursprüngliche Verhältniß zurückgreifen kann, sondern seine Verbindlichkeit lediglich aus dem Inhalt der Urkunde beurtheilt wird, so tritt auch der accessorische Charakter der Hypothek, die Beziehung der Hypothek zu der Forderung, für welche die Eintragung erfolgte, dann zurück, wenn der Eigenthümer des Grundstücks nicht persönlicher Schuldner ist oder wenn der Gläubiger nicht der ursprüngliche Gläubiger ist, sondern sich die Hypothekenforderung hat cediren lassen. Die Hypothek erscheint jetzt als losgelöst von ihrer materiellen causa debendi, als ein formelles Forderungsrecht; der Gläubiger hat jetzt ein Recht auf die eingetragene Summe zur Zeit ihrer Fälligkeit gegenüber jedem Eigenthümer des Grundstücks und braucht keine andern Einreden zu fürchten, als solche, welche in der Form oder in seiner eigenen mala fides begründet sind, indem er zur Zeit des Erwerbs seiner Forderung die Existenz solcher Einreden kannte oder kennen mußte[3]).

Die Hypothek ist also ein durch eine unterliegende causa hervorgerufenes, an sich von ihr abhängiges, d. h. accessorisches Recht. Durch Loslösung von ihren ursprünglichen Subjekten ist sie aber geeignet, als selbständige Obligation fortzubestehen; sie führt diese unabhängige Existenz, sobald in der Person des Grundeigenthümers oder des Gläubigers eine Aenderung eintritt, ohne daß Gläubiger und Schuldner von neuem eine materielle obligatorische Verbindung unter sich begründen.

Man kann sich die Sache auch so denken, daß wenn der Schuldner auf seinem Grundstück eine Hypothek eintragen läßt, neben

---

[3]) Es geht weit über das Bedürfniß hinaus, wenn in den Motiven zu den Preuß. Gesetzentwürfen (1868) gesagt wird: „wenn der Besitzer eines Grundstücks eine Hypothek für eine Schuld bewilligt, so liegt in dieser Bewilligung ein Verzicht auf alle Einreden, welche aus der rechtsgültigen Entstehung des persönlichen Schuldverhältnisses entnommen gegen die Rechtsbeständigkeit der Hypothek gerichtet werden könnten." Sie wollen also nicht unterscheiden, je nachdem der Hypothekenbrief noch in erster oder in einer folgenden Hand sich befindet. Mit Recht dagegen Bähr S. 49 ff., 108 ff. Auch ist dieser Standpunkt im Preuß. Gesetz selbst aufgegeben, vgl. § 38.

seine persönliche Obligation noch eine Obligation desselben als Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks tritt. Das Schicksal dieser beiden Obligationen ist nicht aneinander gebunden. Was die aktive Seite anbetrifft, ist ein Auseinandergehen nicht möglich, sondern bleiben sie beide in der Hand des Gläubigers vereinigt; doch kann in passiver Beziehung eine Spaltung erfolgen, wenn das Grundstück auf einen neuen Eigenthümer übergeht, ohne daß der persönliche Schuldner seiner Verbindlichkeit entlassen wird[3]).

3. Die Selbständigkeit der Hypothekenforderung in Folge ihres formalen Charakters zeigt sich noch nach zwei Richtungen hin: a) die Hypothek erlischt nicht mit Erlöschung des materiellen Forderungsrechts, sondern hat einen selbständigen Bestand, bis sie in formaler Weise gelöscht ist; b) sie sichert nicht die Forderung nach der Höhe ihres Belaufs, sondern gilt für eine fest bestimmte Geldsumme, gleichviel ob die unterliegende Forderung höher oder geringer ist.

4. Der Eigenthümer als solcher ist Schuldner der Hypothekenschuld, es besteht eine sog. Realobligation[4]). Ebenso wie bei der Reallast geht die Schuld auf den neuen Erwerber des Grundstücks über; es erfolgt die Succession in die passive Seite der Obligation nach sachenrechtlichen Regeln. — Der Eigenthümer ist Schuldner[5]),

---

[3]) Vgl. auch Sohm S. 32. Man darf aber die beiden Obligationen nicht mit v. Meibom S. 101 als solidarische bezeichnen, da durch Tilgung der einen nicht die andere beseitigt wird.

[4]) Den Ausdruck Realobligation brauchen z. B. Bremer, Lette, Bekker, v. Meibom, Regelsberger, Sohm.

[5]) Einzelne leugnen dies und halten an der römischen Auffassung fest. Der Eigenthümer sei nicht Schuldner; er sei nur verpflichtet zur Herausgabe der Sache, zur Duldung der hypothekarischen Exekution; er sei aber berechtigt, dieselbe durch Zahlung der Hypothekenschuld abzuwenden. So Exner S. 38, 231, 236 ff., Römer S. 8 f. (Aehnlich hatte Dernburg I. § 313 in den früheren Auflagen es für eine ungenaue Formulirung erklärt, wenn der Eigenthümer auf Zahlung der eingeklagten Summe bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück belangt und demgemäß verurtheilt werde; „die Zahlung der Klagsumme bilde ein Recht, nicht eine Verpflichtung des dritten Pfandbesitzers". In der 3. Auflage giebt er diese Ansicht auf und erklärt, daß der Anspruch des Gläubigers ein „obligationsartiger" sei.)

Vgl. dagegen und gegen die verwandten Ansichten von Unger und Ziebarth Regelsberger Baier. Hyp. R. I. S. 31 ff. (derselbe führt auch S. 32 einzelne Gesetze an, welche direkt die Verpflichtung des Eigenthümers zur Zahlung aus-

aber er haftet, wenn er nicht ursprünglicher Schuldner ist oder nicht die Schuld besonders übernommen hat, ähnlich wie der Rentenschuldner nur beschränkt, nur mit dem Grundstück[6]). Es liegt hier einer der nicht seltenen Fälle des deutschen Obligationenrechts vor, in denen der Schuldner nur mit einem bestimmten Objekt oder bis zu einer gewissen Höhe zu der Erfüllung der Obligation verpflichtet ist (vgl. III. § 175 II.). Um dies zu erklären, hat man bisweilen behauptet, nicht der Eigenthümer, sondern das Grundstück sei Schuldner. Indessen ist ebenso wie für die Reallast (vgl. § 101. 4) auch für die Erklärung der Hypothek die Personifikation des Grundstücks weder erforderlich noch überhaupt zu rechtfertigen[7]).

Mit der Reallast verwandt ist die Hypothek dadurch, daß der Schuldner durch das Grundstück bestimmt wird, von ihr verschieden dadurch, daß der Gläubiger ein Recht auf das Kapital und möglicherweise auch auf Verzinsung desselben hat, während der Reallast die Verpflichtung zu einzelnen Leistungen wesentlich ist. Auch ist bei den Reallasten, abgesehen von dem ältern Rentenkauf, der Schuldner nicht bloß mit dem Grundstück, sondern auch mit seinem übrigen Vermögen verhaftet. Kein wesentlicher Unterschied[8]) ist es, daß der Hypothekenschuldner durch Zahlung des Kapitals die Schuld

---

sprechen), S. 375 ff., 378 ff., Sohm S. 30 ff., Buchka S. 52, 80 u. s. w. — Bei jener Annahme wird nicht genügend berücksichtigt die Bedeutung, welche der Ausschluß der exceptio excussionis für die Natur der modernen Hypothek hat und daß der Gläubiger dem Eigenthümer des Grundstücks die Hypothek kündigen darf. Wie kommt der Gläubiger dazu einer Person gegenüber, welche nicht sein Schuldner ist? — Vgl. auch Anm. 15.

[6]) Unsere Terminologie ist hier mangelhaft. Persönlich verhaftet ist sowohl wer mit seinem ganzen Vermögen als wer bloß mit einem bestimmten Objekt oder bis zu einer gewissen Grenze für eine Schuld einsteht. Aber wir pflegen persönliche Verhaftung regelmäßig in dem Sinne der unbegrenzten Verpflichtung zu nehmen. Zweckmäßig ist statt „persönlich" oder „dinglich verhaftet" (Roth II. S. 405) zu sagen „unbegrenzt" und „begrenzt verhaftet".

[7]) Beseler § 97 VII sagt, die Personifikation sei an sich berechtigt; doch bedürfe man nicht „einer solchen Fiktion als Surrogat (?) der Zins- und Pfandgewere des älteren Rechts"; Lette S. 47: „der jedesmalige Eigenthümer ist nur Repräsentant des gewissermaßen (!) als besondere juristische Persönlichkeit betrachteten mit der Hypothek belasteten Guts". — Gegen die Personifikation v. Meibom S. 38, Buchka S. 65, Kühnast S. 18 f.

[8]) A. M. v. Meibom S. 37.

tilgen kann. Denn auch die Reallasten sind im neueren Recht ablösbar geworden, und andererseits gehört es nicht zum Wesen der Hypothek, daß sie kündbar ist[9]); sie kann auch als Sicherungsrecht für die fortlaufende Zahlung der Zinsen eines hingegebenen Kapitals mit der Wirkung bestellt werden, daß nur bei ausbleibender Zinszahlung, im Konkurs oder bei der Subhastation das Kapital als Forderung liquidirt wird. Die moderne Hypothek ist also keine Reallast, sie gehört aber mit den Reallasten zu derselben Kategorie von Rechten, bei welchen der Schuldner durch den Besitz oder das Eigenthum einer individuellen Sache bestimmt wird.

5. Neben seinem Forderungsrecht auf Kapital, resp. die Zinsen desselben hat der Hypothekengläubiger auch ein Recht an dem Grundstück: die Sache selbst ist ihm verhaftet. Wenn bereits im römischen Recht das Pfandrecht in einem bedeutenden Gegensatz gegen die übrigen dinglichen Rechte steht, indem es ein nur eventuell und nur einmal auszuübendes, dann aber tief in das Eigenthum eingreifendes, dasselbe aufhebendes Recht ist, so tritt diese abnorme Art dinglicher Herrschaft bei der modernen Hypothek in noch höherem Grade hervor. Die Hypothek giebt dem Pfandgläubiger weniger als das römische Recht; er kann im Fall der Nichtzahlung nicht den Besitz der Sache fordern, um sie zu verkaufen, vielmehr nur verlangen, daß in diesem Falle das Vermögensobjekt durch Vermittlung des Gerichts in seinem Interesse verwendet wird. Diese Befugniß ist aber noch immer ein dingliches Recht[10]) und unterscheidet sich wesentlich

---

[9]) A. M. Förster III. § 190 nach N. 19.

[10]) Regelsberger bayer. Hyp. R. S. 36 behauptet, daß im Sinne des röm. Rechts der Gläubiger gar kein dingliches Recht habe; er will die Hypothek nur für ein dingliches Recht im deutschen Sinne, für ein dinglich wirksames Recht erklären. Zweifelhaft ist mir, ob der Verfasser an dieser Ansicht noch festhält; denn S. 377 N. 4 sagt er: „für die moderne Hypothek wird das dingliche Element nicht völlig geleugnet, sondern nur eine eigenthümliche Verbindung desselben mit dem obligatorischen behauptet. Mit einer so unzweideutigen Bildung muß aber die Jurisprudenz rechnen, wenn auch ihre Kreise dadurch unangenehm gestört werden." — Für die Combination des dinglichen und persönlichen Rechts erklären sich Buchka S. 80 f., Kohler pfandrechtliche Forschungen S. 52 ff. und Hartmann Obligation 1875 S. 135 ff., 140: „das Forderungsrecht besteht hier nicht als dingliches Recht, sondern nur kraft der Sanktion durch ein mit ihm verknüpftes dingliches Recht. Als einziges äußerstes Mittel zu ihrer Satisfaktion

von dem Recht, welches jeder Gläubiger im Falle der Nichtzahlung gegenüber dem Vermögen seines Schuldners hat. Wenn dieser auch fordern kann, daß das Gericht ihm durch Veräußerung des Vermögens seines Schuldners zur Bezahlung seiner Forderung verhilft, so ist das Recht des Hypothekengläubigers ein qualifizirtes, auf besonderm Titel beruhendes, ein jus quaesitum an einer einzelnen fremden Sache; er hat dies eventuelle Herrschaftsrecht jedem Eigenthümer und Besitzer der Sache, aber auch dem dritten Gläubiger gegenüber, indem, wenn dieser das betreffende Objekt zur Befriedigung seiner Forderung in Anspruch nehmen will, der Pfandgläubiger ihm vorgeht.

6. Somit ist also das hypothekarische Recht ein aus verschiedenen, theils obligatorischen theils dinglichen Elementen zusammengesetztes Recht, welches nicht einfach in den Rahmen der römischen Kategorien des dinglichen oder persönlichen Rechts hineinpaßt.

7. Neben der im bisherigen behandelten modernen Gestaltung der Hypothek geht noch eine andere einher, welche in noch höherem

---

ist dem Gläubiger die rechtliche Macht garantirt, durch gerichtliche Vermittelung die Subhastation des Grundstücks bewirken zu lassen u. s. w. Angelegt ist das ganze Rechtsverhältniß in der Hoffnung darauf, daß es normaler Weise auf Grund freier Befriedigung des Forderungsrechts seitens des verpflichteten Eigenthümers sein Ende finde." Dernburg I. § 313 (3. Aufl.) erklärt sich für den dinglichen Charakter der Hypothek; doch sei sie verwandt mit persönlichen Forderungen.

Neuerdings hat Sohm S. 25 ff. die Dinglichkeit aus einem andern Gesichtspunkt heraus bestritten: der Gläubiger sei nicht zu einer eignen Handlung in Rücksicht auf das Grundstück berechtigt; „der das dingliche Recht charakterisirende Inhalt" sei aber „die Befugniß, selbsthandelnd auf das Objekt des Rechts einzuwirken". Daher sei das Recht auf Exekution überhaupt kein Privatrecht, sondern ein Recht öffentlicher Natur. — Meines Erachtens ist der Gegensatz zwischen der eignen Handlung des Gläubigers nach Römischem Recht und der richterlichen Exekution nach deutschem Recht nicht so groß, um darauf hin die privatrechtliche Natur des Rechts auf Befriedigung aus dem Grundstück zu leugnen. Denn auch nach Römischem Recht ist der Gläubiger nicht bedingungslos zum eignen Handeln befugt. Auch er bedarf, wenn der Eigenthümer ihm das Grundstück nicht zum Verkauf ausliefert, der Hülfe des Richters. — Außerdem erklärt uns Sohm nicht, wie die privatrechtliche Realobligation mit der öffentlichrechtlichen Befugniß auf Exekution in Verbindung gebracht ist und wie wir uns diese Verbindung zu denken zu haben. — Gegen Sohm haben sich erklärt v. Roth Hypothek. Succession S. 103, Kohler S. 59 ff.

Maße den accessorischen Charakter abgestreift hat. Diese Gestaltung der Hypothek gehört der Mecklenburgischen Gesetzgebung an, welche erklärt, „daß durch die Eintragung keine bloßen Sicherheitsrechte für eine persönliche Verhaftung des die Eintragung beantragenden, sondern selbständige dingliche Belastungen des Grundstücks entstehen“ [11]); darum wird auch nach ihr in dem Grundbuch die causa debendi neben dem betreffenden Posten nicht eingetragen[11a]) und ist die Eintragung der Hypothek von einer persönlichen, das übrige Vermögen erfassenden Verhaftung des Schuldners nicht nothwendigerweise bedingt, sondern ist in dieser Beziehung Alles der Vereinbarung der Betheiligten überlassen[12])..

Das Preußische Gesetz von 1872 und die ihm folgenden Partikulargesetze kennen neben der eigentlichen Hypothek, welche mit Angabe des Schuldgrundes und unter Vorlegung der Schuldurkunde von dem Eigenthümer bewilligt wird, die sog. Grundschuld, bei welcher keine Angabe eines Schuldgrundes stattfindet[13]). Indem hier die Obligation des Grundeigenthümers von vorne herein als losgelöst von der materiellen causa debendi eingetragen wird, welche zur Begründung der Grundschuld die Veranlassung gab, erscheint

---

[11]) Meckl. Rev. Stadtbuch-Ordnung v. 21. Dez. 1857. § 19. 1.

[11a]) Schon vorher galt dies für das Hamburgische Recht, auf Grund der Hamb. Statt. I. 20. art. 2; Baumeister I. S. 175. — Ueber die Loslösung der Hypothek von ihrer materiellen causa debendi nach Lüb. u. Hamb. Recht Delbrück in d. Ztschr. f. Dtsch. R. XV. S. 128, 134 ff.

[12]) v. Meibom S. 99 f., 128 f., Meckl. Stdtb. O. § 19. 2.

[13]) Preuß. Ges. § 18: „Das Recht der Hypothek und der Grundschuld entsteht durch die Eintragung im Grundbuch“; § 19: „die Eintragung erfolgt, wenn der eingetragene oder seine Eintragung gleichzeitig erlangende Eigenthümer sie bewilligt. Die Bewilligung kann mit Angabe eines Schuldgrundes geschehen (Hypothek) oder ohne Angabe eines Schuldgrundes (Grundschuld). Im ersteren Falle muß die Schuldurkunde vorgelegt werden.“ Die preußischen Entwürfe stellten noch nicht die Grundschuld der Hypothek gegenüber, sondern kannten nur eine Hypothek, welche aber unabhängig von dem unterliegenden Rechtsverhältniß sein sollte. Da nun aber während der parlamentarischen Verhandlung auch das accessorische Pfandrecht gefordert und in der Literatur besonders von Bremer und Ziebarth eine Sonderung von Hypothek und Grundschuld oder Werthrecht verlangt wurde, ist dieselbe in dem Preußischen Gesetz erfolgt. In wiefern diese Doppelgestalt wirklichen Bedürfnissen des Lebens entspricht, wird erst die Zukunft lehren; Dernburg I. § 316, Buchka S. 115 f.

sie als abstrakte Obligation[14]), als Forderungsrecht auf eine bestimmte Summe resp. auf die Verzinsung dieser Summe und nähert sich dadurch dem altdeutschen Rentenkauf in noch höherem Grade an, als dies bei der Hypothek der Fall ist. Immer aber besteht auch hier ebenso wie bei der Hypothek nicht bloß eine Belastung der Sache, sondern zugleich eine Verpflichtung des Eigenthümers: dieselbe unterscheidet sich aber von der römischen Obligatio dadurch, daß der Schuldner lediglich mit dem belasteten Grundstück haftet und daß die passive Seite der Obligation mit der Veräußerung des Grundstücks ohne weiteres auf den Erwerber übergeht[15]).

Uebrigens ist der ganze Gegensatz der Hypothek und der Grundschuld weniger durchgreifend, als es auf den ersten Blick erscheint[16]). Denn insofern als neben der Grundschuld der Eigenthümer noch

[14]) Daher haben Einzelne den Grundschuldbrief als Grundwechsel bezeichnet.

[15]) Wie Einzelne für die moderne Hypothek die Obligation leugnen, vgl. oben Anm. 5, kehrt diese Ansicht auch für die Grundschuld wieder. So behauptet z. B. Bremer S. 53 ff., daß es sich hier nur um ein dingliches Recht auf Verwerthung der Sache handle; das Grundrecht sei die Befugniß, die Sache zu verwerthen und sich den Erlös anzueignen ohne alle Beziehung zu einem persönlichen Schuldverhältniß. Wolle der Eigenthümer der Veräußerung entgehen, so bleibe ihm keine Wahl; er müsse zahlen, obgleich er persönlich zu einer Zahlung nicht verpflichtet wäre. — Meiner Ansicht nach liegt die Sache nicht so: „Ich kann deine Sache veräußern lassen; du kannst dem aber entgehen, wenn du zahlst"; sondern: „Du sollst zahlen; ich kann Zahlung von dir fordern; zahlst Du nicht, so wird dein Grundstück veräußert". — Uebrigens kann Bremer S. 61 f. mit Bezug auf die verzinsliche Grundschuld den obligatorischen Charakter nicht leugnen, sucht aber diesem Bedenken dadurch zu entgehen, daß er das auf den Werth der Sache gerichtete Recht für das prinzipale, das auf die terminlichen Geldzahlungen für das accessorische Recht erklärt. — Vgl. auch gegen Bremer Förster Grundbuchrecht S. 135 f.

[16]) § 38 einer der unglücklichsten des ganzen Gesetzes, welcher zu zahlreichen Zweifeln Veranlassung giebt; seine Mängel sind ein Beleg dafür, daß bei der parlamentarischen Behandlung und Entstehung der Gesetze das Resultat leicht Flickarbeit wird; über die Entstehungsgeschichte des § 38 vgl. auch Dernburg I. § 342. — Förster (der Redaktor des Entwurfs) Grundbuchrecht S. 200 ff. gesteht selbst ein, daß in Rücksicht auf die Einreden der einzige Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld darin besteht, daß bei der ersten dem unentgeltlichen Erwerber unbeschränkt Einreden aus der Person des ersten Gläubigers entgegenstehen, während bei der Grundschuld sie ihm nur entgegengestellt werden können, falls er sie zur Zeit seines Erwerbes kannte.

aus der materiellen die Grundschuld veranlassenden Obligatio verpflichtet ist, darf er unter Umständen Einreden aus dem materiellen Rechtsverhältniß dem Gläubiger entgegenhalten, ebenso wie andererseits dem Schuldner aus einer Hypothek unter Umständen seine Einreden aus dem materiellen Rechtsverhältniß entzogen sind. Sodann aber kann es ebenso bei der Hypothek wie bei der Grundschuld vorkommen, daß der Schuldner nicht bloß mit dem Grundstück, sondern auch mit seinem übrigen Vermögen dem Gläubiger haftet. So kommen sich Grundschuld und Hypothek auf halbem Wege entgegen.

§ 110. Das Prinzip der Publizität.

1. Hatte man für öffentliche Hypotheken schon längst die Bestellung vor Gericht und die Eintragung in Gerichts-, Grund- oder Hypothekenbücher gefordert, so verlangen die neuen Hypothekenordnungen, daß alle Hypotheken öffentliche sein und in amtlich geführte Hypothekenbücher eingetragen werden sollen. Wo nicht bereits Hypothekenbücher bestehen, sollen dieselben sofort angelegt werden. Bald bestehen dieselben für sich und enthalten nur nachrichtlich für den Zweck des Hypothekenwesens zugleich Eintragungen über den Eigenthümer, über die faktische und rechtliche Beschaffenheit des betreffenden Grundstücks[1]), bald sind sie mit den Grundbüchern in der Weise verbunden, daß in demselben Buch auch der Eigenthümer, die sonstigen dinglichen Rechte und Belastungen des Grundstücks u. s. w. mit den Wirkungen der Publizität eingetragen werden[2]). Regelmäßig werden auf dem für die Hypotheken und Grundschulden bestimmten Blatt mehrere Colonnen angelegt, in deren einer die einzelnen Forderungen nach ihrem Betrage, Rechtsgrund (soweit derselbe überhaupt einzutragen ist), die Namen der Berechtigten, Zinsfuß u. s. w., in der zweiten die Veränderungen mit den betreffenden Posten, besonders Cessionen und in der dritten die Tilgungen, Löschungen eingetragen werden.

2. Die Hypothekenbehörden haben, bevor sie einem Antrag

---

[1]) Dies gilt z. B. nach der Meckl. Hyp. O. für Landgüter, nach baierischem Recht u. s. w.

[2]) Vgl. überhaupt oben I § 67. II, III.

auf Eintragung Folge geben, eine Prüfung vorzunehmen. Der Umfang derselben war nach älterem Recht ein viel ausgedehnterer als jetzt; sie sollte sich früher oft auch darauf erstrecken, ob das Geschäft für die Interessenten vortheilhaft sei und ob die Hypothek die Forderung des Gläubigers ausreichend sicherstelle[5]). Dieser Standpunkt ist jetzt meistens aufgegeben; dagegen besteht nach manchen Rechten das Prinzip der sog. Legalität, d. h. die Behörde hat die Rechtsgültigkeit des der Hypothek zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts zu prüfen[6]). Dies galt auch ganz besonders nach dem ältern Preußischen Recht. Die Hypothekenordnung von 1783 I. § 77 sagt zwar, daß die Gerichte nicht schuldig seien „die Gültigkeit und Rechtsbeständigkeit der von den Partheien vorgenommenen Handlungen selbst zu vertreten", macht ihnen aber doch zur Pflicht (II. § 12 f.), es zu verhüten, „daß keine gesetzwidrige oder offenbar ungültige Negotia in die Bücher vermerkt, das Vertrauen des Publici auf die Legalität einer bei Gericht eingetragenen Handlung zu Hintergehungen oder Betrügereien nicht gemißbraucht werde"; „die Collegia müssen nicht nur darauf sehen, ob ein Gesuch an und für sich nichts widerrechtliches enthalte, sondern auch examiniren, ob bei Vollziehung des Aktus, welcher in den Büchern anerkannt werden soll, die zu dessen Gültigkeit und Rechtsbeständigkeit vorgeschriebenen Erfordernisse beobachtet, ob die darüber errichteten Instrumente deutlich, bestimmt und vollständig genug abgefaßt, und ob sie mit derjenigen äußern Form und Gestalt versehen sind, welche dabei nach den verschiedenen Akten der Geschäfte nothwendig ist"[7]).

3. Um die mit einer solchen Prüfung verbundenen weitläufigen

---

[5]) Oben § 108 N. 27 ff.

[6]) Eine Anzahl derartiger Rechte führt auf Mascher S. 689, vgl. auch S. 206 u. 423.

[7]) Vgl. auch II. § 127 ff., der Richter soll prüfen die Rechtsgültigkeit des Geschäfts, ob in ihm kein verbotener Wucher oder sonst etwas gesetzwidriges enthalten ist (§ 135 f.), ob der Vertrag in jeder Beziehung bestimmt ist und eine rechtliche causam debendi enthält (§ 138); Koch I. § 228, 230. — Nach der Sächs. VO. v. 1865. § 94 ist zu prüfen „die Begründung des Antrags" und sind „die sich aus den Unterlagen zu demselben ergebenden Mängel oder Anstände dem Antragsteller zu eröffnen". — Damit hängt es zusammen, wenn einzelne Gesetze, z. B. das Gothaische v. 1854. § 16, 27, von Eintragung und Confirmation sprechen. — Vgl. auch Exner S. 27 ff.

und lästigen Bevormundungen des Publikums zu beseitigen, erklärt die neueste Phase der Hypothekengesetzgebung, daß die Behörde weder das Recht noch die Pflicht habe das der Bestellung, Uebertragung oder Löschung eines Pfandrechts zu Grunde liegende Geschäft zu prüfen[8]), sondern daß sie, unter scharfer Trennung des obligatorischen und des dinglichen Moments, lediglich den in deutlicher Form ausgesprochenen und berechtigten Willen der Parteien in Rücksicht auf Entstehung, Uebertragung u. s. w. des Pfandrechts durch Eintragung oder Löschung durchzuführen habe. Ob ein solcher Wille vorhanden sei, hat auch nach heutigem Recht der Richter „nach Form und Inhalt zu prüfen"[9]), und insoweit besteht also auch gegenwärtig ein beschränktes Legalitätsprinzip; denn nur die Erklärungen der zu derartigen Dispositionen berechtigten Personen und nur Erklärungen, welche in verpflichtender ernstlicher Weise abgegeben werden, dürfen zur Ausführung kommen[10]).

Die Voruntersuchung hat sich also darauf zu erstrecken, ob diejenige Person, welche eine Eintragung fordert, mit derjenigen identisch ist, welche nach dem Buch zu diesem Antrag legitimirt ist, ob das schriftlich gestellte Ersuchen authentisch[11]), ob, wenn ein Mandatar auftritt, die Vollmacht ausreichend ist[12]), ob die betreffende Person dispositionsfähig[13]) und zu solchen Erklärungen berechtigt[14]), oder

---

[8]) Preuß. Grundbuch-O. § 46. al 2: „Mängel des Rechtsgeschäfts . . . berechtigen nicht die beantragte Eintragung oder Löschung zu beanstanden". Vgl. Dernburg I § 318 N. 5. — Exner S. 121 ff.

[9]) Neuvorp. Hyp. O. § 50. — Meckl. H. O. f. Landgüter § 34, Stadtb.-O. § 54. — Preuß. Grundbb. O. § 46. — v. Meibom S. 124. — Dazu gehört nach dem Preuß. Ges. v. 1872. § 19, daß wenn eine Hypothek eingetragen werden soll, ihm die Schuldurkunde vorgelegt wird, Dernburg und Hinrichs S. 122.

[10]) Detail bei v. Meibom S. 72 ff.

[11]) Preuß. Grundbb. O. § 33, v. Meibom S. 79 u. N. 44.

[12]) v. Meibom S. 73 N. 21.

[13]) Göppert S. 260 f. sagt, daß die Eintragung nicht erfolgen darf, wenn die betreffende Person nach dem Antrage, aber vor dem Eintrage dispositionsfähig wird. Ich glaube, daß es nur auf den Moment ankommt, in welchem die betreffende Person ihrerseits alles gethan hat, um das Recht entstehen zu lassen. War sie damals dispositionsfähig, so ist auch die Eintragung zu vollziehen. — Während nach den meisten Hypothekenordnungen nur diejenigen Dispositionsbeschränkungen, welche in der Qualität der Sache ihren Grund haben, eingetragen werden (Lehns-, Fideikommißqualität u. s. w.), kann nach dem

ob die Genehmigung einer andern Person noch erforderlich ist und vorliegt[15]), ob der Ehemann oder Vater, welcher über Eigenthum oder hypothekarische Rechte seiner Frau resp. seiner Kinder verfügen will, nach dem betreffenden Recht dazu befugt ist, ob der Socius, welcher Güter der Gesellschaft belasten will, zur Vertretung der Gesellschaft legitimirt ist[16]), ob derjenige, welcher als Erbe oder Legatar einer eingetragenen Person auftritt, diese Eigenschaft besitzt, ob die juristische Person, welche eingetragen werden soll, nach dem Recht ihres Domizils Corporationsrechte hat und ob es zu einem derartigen Erwerbe für sie nicht noch besonderer staatlicher Genehmigung bedarf, ob das Hypothekenbuch keine Beschränkungen nachweist, welche der Eintragung entgegenstehen[17]) u. s. w.

4. Da das Hypothekenbuch von öffentlichen Behörden geführt wird, begründet sein Inhalt formelles Recht[18]) und genießen die Eintragungen und Löschungen öffentlichen Glauben[19]), auch wenn sie aus

---

Oesterr. Gesetz § 20 auch erfolgen „die Anmerkung der Minderjährigkeit, der Kuratel, der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt, der Großjährigkeitserklärung". — Ueber das Preuß. Recht vgl. z. B. Dernburg und Hinrichs S. 386 ff., 404 ff., Entsch. des Reichsger. I. S. 127, VII. S. 250 f.

[14]) Nach Meckl. Recht darf der Richter nicht eintragen, wenn zu seiner amtlichen Kenntniß gekommen ist, daß der eingetragene Eigenthümer sein Eigenthum veräußert oder sonst verloren hat, v. Meibom S. 120; dasselbe nimmt für das baier. Recht an Regelsberger baier. Hyp. R. I. S. 235.

[15]) Des Vormunds, resp. der Obervormundschaft für Minderjährige, Verschwender, Geisteskranke; des Ehemanns bei Erklärungen der Ehefrau je nach dem betreffenden ehelichen Güterrecht; der Miterben oder Miteigenthümer u. s. w.

[16]) Handelsgesetzbuch § 114.

[17]) Protestationen, der Vermerk, daß über das Vermögen der betreffenden Person der Konkurs ausgebrochen, daß die Subhastation des Grundstücks eingeleitet ist, Lehns-, Fideikommißqualität u. s. w.

[18]) Diese publica fides kommt aber nur dem Grundbuch, nicht den auch vom Gericht geführten Grundakten zu (in Betreff des Grundschuldbriefs vgl. Dernburg I. § 202 N. 6) und auch nur denjenigen Einträgen im Grundbuch, welche sich auf Rechtsverhältnisse, nicht auch denen, welche sich auf bloße Thatsachen beziehen, z. B. auf Lage, Größe, sonstige physische Beschaffenheit des Grundstücks, v. Meibom S. 84. Anderer Ansicht mit Bezug auf die räumliche Ausdehnung des Grundstücks für das Preuß. Recht Dernburg § 202 N. 7.

[19]) z. B. Meckl. Revid. Stadtb. O. § 36: „Der Inhalt des Stadtbuchs giebt vollständigen Beweis: ein Attest aus demselben ist vollgültiges Beweismittel. Es ist dasselbe in Streitfällen unbedingt, sogar gegen solche abstimmige

Versehen oder in Folge von Betrug u. s. w. unrichtig erfolgt sind[19a]) oder wenn eine richtige Eintragung in Folge von nachherigen Ereignissen materiell nicht mehr der Wahrheit entspricht[20]). Wer im Buch als Gläubiger eingetragen ist, gilt als solcher; die Hypothek gilt, selbst wenn sie zurückgezahlt ist, so lange als bestehend, bis sie gelöscht ist; wer nicht als Gläubiger eingetragen ist, hat kein Hypothekenrecht dem Eigenthümer gegenüber[21]). Doch können die Interessenten, wenn eine Eintragung oder Löschung zu Unrecht geschehen oder unterblieben ist, die Berichtigung des Hypothekenbuchs fordern[22]) und ebenso kann auch ex officio eine Berichtigung erfolgen[22a]).

Vorverhandlungen, welche ausdrücklich darin in Bezug genommen sind, sowie gegen unrichtige Ausfertigung von Hypothekenscheinen entscheidend. Für diejenigen, welchen Rechte durch irgend eine Einzeichnung in das Buch erworben oder gesichert worden, steht dasjenige, was dasselbe zur Zeit dieser Einzeichnung bereits enthält, unumstößlich fest und sind diese ihre Rechte gegen eine jede Anfechtung von Seiten Dritter aus bereits entstandenen oder später entstehenden Rechten völlig gesichert, es mag eine solche Anfechtung aus dem Grunde eines früheren Versehens der Behörde, einer Unechtheit früherer Ausstellungen, einer ursprünglichen Nichtigkeit, einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, einer Verjährung oder aus irgend einem sonstigen erdenklichen Rechtsgrunde geschehen". — Hamb. Ges. v. 4. Dez. 1868 über Grundeigenthum u. Hypotheken § 2: „über die in die Grund- u. Hypothekenbücher eingetragenen Zuschreibungen, Umschreibungen, Tilgungen u. sonstigen Verhandlungen ist der Inhalt dieser Bücher auch in Streitfällen unbedingt entscheidend. In Civilsachen findet dawider kein Gegenbeweis und kein Bestreiten der Eintragungen als nicht rechtsgültig geschehen statt". — Einschränkungen des Prinzips nach Oesterr. R. Exner S. 73 ff., 83 ff.

[19a]) z. B. Exner S. 96 N. 1.

[20]) z. B. der eingetragene Eigenthümer hat sein Grundstück veräußert und sollte daher nicht mehr Dispositionen vor dem Hypothekenbuch vornehmen.

[21]) Eine Modifikation gilt bei der Cession der Hypothek, indem der Cessionar nicht nothwendigerweise eingetragen zu werden braucht.

[22]) Preuß. Grundb. O. § 118 (vgl. N. 25), v. Meibom S. 86 ff. — Hamb. Hyp. Ges. v. 4. Dez. 1868. § 3: „Wer durch eine vorgenommene Eintragung sich verletzt erachtet, hat seine Rechte wider diejenigen, die mit ihm in vertragsmäßigen oder in unmittelbaren gesetzlichen Rechtsbeziehungen stehen, geltend zu machen. Die gerichtliche Anerkennung solcher Rechtsverletzung kann auch durch die Verpflichtung, eine Aenderung in den Grund- und Hypothekenbüchern auf dem gesetzmäßigen Wege herbeizuführen, Wirksamkeit erlangen". — Exner S. 90 ff., 92 ff.

[22a]) Preuß. Grundb. O. § 118 (N. 25), Exner S. 89 f. — Sächs. BO.

Aus dem öffentlichen Glauben des Hypothekenbuchs folgt, daß wer im Vertrauen auf seine Richtigkeit eine Rechtshandlung mit Bezug auf das Grundstück vorgenommen hat, diejenigen Rechte erwirbt, welche sich nach jenen Eintragungen als Erfolg der Handlung ergeben, und gegen jede Anfechtung von dritter Seite her gesichert ist[23]), und auf der andern Seite, daß wer ohne von den Eintragungen Kenntniß zu nehmen, ein Rechtsgeschäft mit Bezug auf das Grundstück abschließt, auch die ihm nicht bekannt gewordenen Eintragungen gegen sich gelten lassen muß und sich mit Unwissenheit oder Irrthum nicht entschuldigen kann[24]).

Aus der Publizität folgt aber weiter, daß wenn eine unrichtige Eintragung getilgt oder eine zu Unrecht erfolgte Löschung wiederhergestellt wird, die in der Zwischenzeit entstandenen und eingetragenen Rechte dritter Personen von der Berichtigung des Hypothekenbuchs unberührt bleiben. Hat also z. B. der zu Unrecht als Eigenthümer Eingetragene Hypotheken bestellt, so sind dieselben auch von demjenigen anzuerkennen, welcher die Eintragung des Bestellers als Eigenthümer anficht und selbst an seine Stelle tritt; ist eine Hypothek zu Unrecht gelöscht und wird dieselbe wiederhergestellt, so be-

---

v. 9. Jan. 1865 § 93: „Werden den Grund- und Hypothekenbehörden amtlich Umstände bekannt, welche Aenderungen in den von ihnen gehaltenen Grund- und Hypothekenbüchern erfordern, so haben sie die Einleitungen zu treffen, welche zu den neuen Eintragungen nothwendig sind.“

[23]) z. B. Sächs. Hyp. Ges. v. 1843. § 2, 3; Baier. Ges. v. 1822. § 25; Meckl. H. O. f. Landgüter § 25, Revid. Stdtb. O. § 36 (vgl. Note 19) u. s. w. — Preuß. Ldr. I. 18. § 259, 260: ist die Lehnsqualität nicht eingetragen, so kann dem Gläubiger nicht der Mangel des lehnsherrlichen Consenses bei Belastung des Grundstücks entgegen gehalten werden.

[24]) Gegen dies im allgemeinen anerkannte Prinzip verstößt (vgl. auch v. Meibom S. 98) die Bestimmung der Meckl. H. O. f. Landgüter § 26 no. 1 u. der Rev. Stdtb. O. § 37 no. 2, daß die Eintragung Bestand haben soll, wenn in dem Hypothekenbuch Dispositionsbeschränkungen des Eigenthümers eingetragen waren (z. B. Fideikommißqualität, Unveräußerlichkeit, Unverschuldbarkeit des Guts oder die Bemerkung, daß wegen Konkurses das Folium geschlossen ist) und ein Recht unter Nichtbeachtung derselben eingetragen wurde. — Die Ratio der Bestimmung scheint zu sein, daß solche Beschränkungen ex officio von der Hypothekenbehörde zu beachten seien und die Nachlässigkeit des Richters dem Gläubiger nicht schaden solle, auch wenn diesen selbst der Vorwurf einer negligentia trifft.

halten die in der Zwischenzeit eingetragenen Gläubiger ihren einmal erlangten Vorrang[25]).

5. Von dem Prinzip, daß die Eintragungen der publica fides genießen, ist aber allgemein eine Ausnahme anzuerkennen: wer es weiß, daß die Eintragung dem materiellen Recht nicht entspricht und einer Anfechtung unterliegen kann, darf sich nicht auf das Buch berufen; nur die bona fides soll geschützt werden und der Berufung des schlechtgläubigen Erwerbers auf die publica fides des Buchs würde die Einrede der eignen mala fides entgegenstehen[26]). In welchem

[25]) Preuß. Grundb. O. § 118: „Eine aus Versehen des Grundbuchamts gelöschte oder bei Ab- und Umschreibungen nicht übertragene Post ist auf Verlangen des Gläubigers oder von Amtswegen mit ihrem früheren Vorrecht wieder einzutragen. Diese Wiedereintragung wirkt jedoch nicht zum Nachtheil derjenigen, die nach der Löschung Rechte an dem Grundstück oder auf eine der gelöschten gleich- oder nachstehenden Post in rechtlichem Glauben erworben haben". Die einmal erfolgte Löschung nützt also nicht den zur Zeit der Löschung bereits eingetragenen Gläubigern, wohl aber ihren Cessionaren und denen, für welche nach der Löschung eine Hypothek neu eingetragen wurde (vgl. auch Preuß. Landr. I. 20. § 526—529). Preuß. Ges. v. 1872. § 9. Vgl. auch z. B. Neuvorpomm.'sche H. O. § 29, Hamb. G. v. 1868. § 3. — Das entgegengesetzte Prinzip gilt nach dem Großherzogl. Hess. H. Gesetz art. 168 (vgl. auch Müller S. 293 f.): die Wiedereintragung der unrechtmäßig gelöschten Hypothek erfolge selbst zum Nachtheil Dritter, welche im Vertrauen auf die Richtigkeit des Hypothekenbuchs Rechte erworben haben. Auch für das Baierische Recht behauptet Regelsberger Studien S. 111 f., daß der neue Erwerber des Grundstücks sich die Wiedereintragung der in der Besitzzeit des Vorgängers zu Unrecht gelöschten Hypotheken gefallen lassen müsse.

Dies Prinzip der Publizität gilt aber nicht für solche Hypotheken, welche im Wege der Exekution auf das Grundstück des Schuldners eingetragen sind. Hier kommt es darauf an, daß der Schuldner zur Zeit des Eintrags der Exekutionshypothek auch nach materiellem Recht Eigenthümer war und wird die zu Gunsten des Gläubigers eingetragene Hypothek hinfällig, wenn sich herausstellt, daß der Schuldner zu Unrecht im Grundbuch eingetragen war. Entsch. des ReichsG. I. no. 52; abweichend II. no. 71, vgl. aber gegen das letztere Erkenntniß Paris Beitrag zur Erläuterung des § 9 des Eigenthumserwerbsgesetzes v. 5. Mai 1872. Berl. 1881. — Auch kommt für das Preußische Recht (vgl. N. 29) noch in Betracht, daß wenn für eine schon vorher bestehende Schuld eine Hypothek durch Zwang erworben wird, man nicht behaupten kann, daß die Hypothek gegen Entgelt erworben sei. — Wäre aber die betreffende Hypothek bereits durch Rechtsgeschäft auf eine dritte Person übergegangen, so würde ihr das Publizitätsprinzip zur Seite stehen.

[26]) Regelsberger Studien S. 131: „der gute Glaube im Sinne des

Umfange aber anzunehmen ist, daß sich ein Erwerber in bona oder in mala fide befindet, ist nicht absolut, sondern nach den Grundsätzen der einzelnen Hypothekenordnungen zu entscheiden[27]). Während das Preuß. Landr. (I. 10. § 25) zu Folge seiner Auffassung von dem sog. jus ad rem auch dann mala fides annahm, wenn der Erwerber zur Zeit seiner Eintragung den früher entstandenen Titel eines Andern kannte, soll nach den neueren Hypothekenordnungen die Kenntniß von einer obligatorischen Gebundenheit des Verfügenden die bona fides nicht ausschließen und die Entstehung des dinglichen Rechts nicht hindern. Wer also weiß, daß der Eigenthümer einem Andern die Hypothek an bestimmter Stelle versprochen hat, und sich selbst eintragen läßt, erwirbt ein vollwirksames Recht[27a]); wer aber weiß, daß der Eigenthümer zu Unrecht eingetragen ist oder daß ihm das Eigenthum bestritten wird, ist, wenn er auf dessen Antrag eingetragen wird, nicht Hypothekengläubiger geworden.

Und zwar entscheidet über bona oder mala fides der Moment, in welchem der Rechtserwerb vollendet ist, also der Moment, in welchem die Hypothek eingetragen wird, nicht schon der Augenblick, in welchem sie zur Eintragung oder Pränotation angemeldet ist[28]).

Hypothekengesetzes ist nicht die Ueberzeugung des Erwerbers von der Vollwirksamkeit seines Rechts, sondern die Unkenntniß von einem seinen Erwerb nach Civilrecht ausschließenden oder beschränkenden rechtlichen Hindernisse". — v. Wächter II. S. 383 f., Römer S. 50, 65, Sächs. Ges. v. 1843. § 3, Sächs. G. B. § 429, 463, 465, Meckl. Rev. Stdtb. O. § 36. 3, v. Meibom S. 86 N. 11, S. 89 ff. — Preuß. Landr. I. 10. § 10, Preuß. Ges. v. 1872. § 9, Dernburg I. § 202. 4, Entsch. d. RchsG. VII. S. 253 f. — Baier. Hyp. G. § 26 no. 4. — Exner S. 106 ff.

[27]) Ueber diesen Punkt vgl. ganz besonders die Abhandlung von Regelsberger in s. Studien S. 71 ff., u. bayer. Hyp. R. S. 152 ff., außerdem aber auch die in N. 26 angef. Literatur.

[27a]) z. B. Preuß. Ges. § 15: „der Erwerb des eingetragenen dinglichen Rechts wird dadurch nicht gehindert, daß der Erwerber das ältere Recht eines Anderen auf Eintragung eines widerstreitenden dinglichen Rechts gekannt hat, oder daß sich Letzterer bereits in der Ausübung dieses Rechts befindet". — Exner S. 108 N. 8. — Römer S. 41 N. 9.

[28]) Es ist dies eine sehr bestrittene Frage. Für die obige Ansicht Göppert S. 260, Förster I. § 23 N. 48, III. § 198 N. 29, Regelsberger S. 151 bis 159, Römer S. 41 N. 9. — Das Preuß. Ges. v. 1872. § 38 läßt für die Grundschuld die Zeit des „Erwerbes" entscheiden. Nach diesem Ausdruck

6. Ebenso ist aber auch in vielen Gesetzgebungen bestimmt, daß nur der entgeltliche Erwerber eines eingetragenen Rechts sich auf das Hypothekenbuch unbedingt berufen kann, und daß derjenige, welcher das Recht durch Schenkung oder sonst durch Liberalität erworben hat, sich seine Anfechtung aus materiellen Gründen gefallen lassen muß[29]).

7. Um den Gefahren einigermaßen zu begegnen, welche mit dem Prinzip der Publizität besonders für denjenigen verbunden sind, welcher sein erworbenes Recht sofort eintragen zu lassen außer Stande ist, gestatten die Partikularrechte in verschiedenem Umfange vorläufige oder beschränkende Eintragungen[30]).

---

muß für das Preuß. Recht die Zeit der Eintragung entscheiden, da erst mit dieser das Recht erworben ist, vgl. art. 18. Ebenso sagt das Sächs. GB. § 463: „zur Zeit der Erwerbung ihrer Rechte". — Dagegen für die Ansicht, daß der Moment entscheidet, in welchem auf Seiten des Erwerbers alles geschehen ist, um sein Recht zu erwerben, Exner Publizitätsprinzip S. 86, Hyp. R. S. 109, Dernburg I. § 202 N. 12, Dernburg u. Hinrichs S. 131, v. Meibom S. 90, Meckl. Entsch. bei Budde Entsch. VIII. S. 132 („sein dolus bedingt ein Handeln wider besseres Wissen und dies ist erschöpft durch diejenige Thätigkeit, welche den ihm günstigen Erfolg, die Umschreibung, gesetzlicher Bestimmung nach ohne weiteres herbeiführt").

[29]) Preuß. Ges. § 9, 38 (nur mit Bezug auf eigentliche Hypotheken, nicht auf Grundschulden), Baier. Ges. § 26. no. 4, Regelsberger Bayer. Hyp. R. I. S. 163 ff., v. Meibom S. 92 ff. — Keine derartige Beschränkung nach Oesterr. R., Exner I. S. 83 N. 2.

[30]) Vgl. oben § 95. 7. — Das Detail gehört in das Partikularrecht. Vgl. Preuß. Hyp. O. v. 1783. II. § 18, 289, Hyp. Novelle v. 1853. § 43 ff., Neuvorpommersche Hyp. O. § 52, 108—111, Ges. v. 1872. § 8, 16, 22, 49, 59, 60, 70, Förster Grundbuchrecht S. 66 ff., Privatr. III. § 198 N. 32 ff., Dernburg I. § 204, Dernburg und Hinrichs S. 345 ff. — Baier. Hyp. Ges. § 27—30, Roth II. S. 388 ff., 439 ff., Regelsberger I. 290 ff. — Wiener Grundbuch-O. v. 1566 (Tomaschek Rechte von Wien II. S. 185 f., 186), Oestr. GB. 438, 39, 445, 453, Grundbuchsges. v. 1871. § 35—51, 53 ff., Exner d. Institut d. Pfandrechts-Pränotation in Oesterreich (Sep.-Abdr. aus d. allg. Oestr. Ger. Zeitung) Wien 1868, Hypoth. R. S. 103 ff., 158 ff., 184 ff., Johanny Gesch. u. Reform der österr. Pfandrechts-Pränotation. Wien 1870. — Sächs. GB. § 404 ff., Siegmann S. 60 ff., 169 ff. — Sachs.-Weim.'sches G. § 68 ff., 133 ff., 278 ff. — Würtemb. G. v. 1825. § 75 ff., Römer S. 164 ff. — v. Bar S. 91 ff. — v. Meibom S. 69, 71 f., 95—99, 254. — Großherzogl. Hess. Ges. § 43—45, 165—168. — v. Wächter II. S. 381 f., 391 ff. — Baumeister I. S. 111 ff.

Wer den Anspruch auf die Eintragung einer Hypothek[30a]) oder auf die Löschung eines Eintrags hat, kann, wenn er diesen Antrag vorläufig glaubhaft zu machen vermag, der definitiven Eintragung aber noch ein Bedenken entgegensteht, eine Vormerkung, Pränotation, Annotation (sog. protestatio pro conservando loco) seines Rechts fordern. Wenn er dann später seinen Anspruch definitiv erweist, erlangt er die Eintragung an der dem Datum entsprechenden Stelle, so daß seinem Recht alle nach der Vormerkung eingetragenen Rechte unschädlich sind und auch der spätere Erwerber des Grundstücks dasselbe anerkennen muß[31]).

Die Eintragung einer Vormerkung erfolgt auf den Antrag dessen, welcher in seinem Recht beschränkt werden soll, oder durch Vermittlung des Prozeßrichters, welchem die Partei ihren Anspruch glaubhaft gemacht hat; gelöscht wird sie auf den Antrag dessen, zu dessen Gunsten sie eingetragen ist, oder auf Ersuchen derjenigen Behörde, auf deren Antrag sie vermerkt wurde[32]). Wird, bevor die Hypothek oder ihre Cession definitiv eingetragen ist, über das Vermögen des Schuldners, welcher dem Annotirten eine Hypothek bestellen, resp. des Gläubigers, welcher sie cediren will, der Konkurs eröffnet, so nutzt nach einigen Rechten die Vormerkung dem Annotirten nicht, weil er das Recht noch nicht vollkommen erworben hat[33]), während nach andern sie auch im Konkurse ihre Wirksamkeit behält[34]). Die Bestimmung der Reichskonkursordnung § 12, daß „Pfand- u. Hypothekenrechte nach der Eröffnung des Konkursver-

---

210 ff. — Paulsen S. 128. — Beseler § 97 N. 31. — v. Ihering in s. Jahrbb. X. S. 488 f.

[30a]) Nur derjenige, welcher einen Titel zur Hypothek hat, aber nicht ein bloß persönlicher Gläubiger, Entsch. d. ROHGer. XVI. S. 370.

[31]) Erk. d. RchsGer. I. no. 137. — Nach sächs. GB. § 406 braucht es nicht der Eigenthümer anzuerkennen, welcher das Grundstück in einer Subhastation erwarb. Anders für das Preuß. R. Erk. d. RchsGer. VII. no. 55.

[32]) In Oestreich wird sie gelöscht, wenn sie nicht binnen bestimmter Zeit justifizirt ist; daß diese Praxis aber nicht durch das Oestr. GB. § 453 zu rechtfertigen sei, Hofmann in Grünhut's Ztschr. I. S. 281 ff.

[33]) Haubold § 208 N. g, Sächs. GB. § 408.

[34]) v. Bar S. 93 N. 5, Roth B. II. S. 441 f., Regelsberger I. S. 314 ff., Dernburg I. § 322. Vgl. auch Oestr. Ges. v. 1871. § 56, Weimarsches Ges. § 70.

fahrens nicht mit verbindlicher Kraft gegen die Konkursgläubiger erworben oder eingetragen werden, wenngleich der Anspruch auf den Erwerb oder die Eintragung schon vor der Eröffnung des Verfahrens begründet gewesen ist", hindert nicht die definitive Eintragung des vorgemerkten Rechts; denn es wird durch sie keine neue Belastung des Vermögens herbeigeführt, sondern nur ein bedingt eingetragenes Recht zufolge des bereits vor der Konkurseröffnung bestehenden materiellen Rechts in ein unbedingtes verwandelt[35]).

In ähnlicher Weise kann auch, wer ein Recht des Widerspruchs gegen die Disposition der im Buch als Eigenthümer oder Hypothekengläubiger eingetragenen Person über ihr eingetragenes Recht hat, gemäß den Vorschriften der Partikularrechte gegen derartige Dispositionen eine Protestation (protestatio pro conservandis exceptionibus) vermerken lassen, wodurch eine trotzdem erfolgte Verfügung gegenüber seinem Recht wirkungslos wird[36]).

§ 111. Die Entstehung der Hypothek.

1. Hypotheken entstehen nach neuerem Recht nur durch Eintragung im Hypothekenbuch: es giebt weder sonstige vertragsmäßige noch stillschweigende (gesetzliche) Hypotheken. In Fällen, in welchen früher ein gesetzliches Pfandrecht ipso jure entstand, besteht, soweit unser Recht für das betreffende Verhältniß eine Sicherheit durch ein Pfandrecht für angemessen erachtet, jetzt nur ein Titel auf Pfandrechtsbestellung. Der Berechtigte kann vom Eigenthümer des Grundstücks die Bestellung einer Hypothek fordern und seinen Anspruch im Weigerungsfall gerichtlich verfolgen, so daß gemäß dem gesetzlichen Titel die Hypothek entweder auf Antrag oder Bewilligung des Eigenthümers oder zu Folge richterlichen Urtheils eingetragen wird. Gesetzliche Pfandrechtstitel sind in den Partikularrechten in verschiedenem Umfange anerkannt[1]).

---

[35]) Vgl. z. B. Hullmann die Konkursordnung 1879 S. 94; a. A. v. Sarwey Konkursordnung 1879 S. 49.

[36]) Literatur und Gesetzesbestimmungen in N. 30.

[1]) Oben § 108 N. 57. — Ueber neuere Partikularrechte vgl. z. B. Förster III. § 193, Dernburg I. § 320. — Exner S. 149 ff. — Baier. Hyp. G. § 12, Roth B. II. § 189, Regelsberger Hyp. R. S. 218 ff. — Haubold § 211,

2. Das Recht, die Eintragung eines Pfandrechts zu fordern, d. h. der Pfandrechtstitel, beruht entweder auf Vertrag[2]) oder auf letztwilliger Bestimmung oder auf Gesetz. Der Pfandrechtstitel giebt dem Berechtigten kein dingliches Recht, sondern nur einen persönlichen Anspruch gegen den Verpflichteten. Falls letzterer vor der Eintragung sein Eigenthum veräußert, ist der neue Erwerber, selbst wenn er von der Existenz des Titels Kunde hatte, zur Bestellung der Hypothek nicht verpflichtet[3]).

3. Die Eintragung der Hypothek findet statt auf Antrag oder Bewilligung des Eigenthümers oder auf Antrag des Gläubigers, wenn ihm der Richter das Recht auf Eintragung durch Erkenntniß zugesprochen hat[5]), oder auf Nachsuchen einer zuständigen Behörde. Eine Eintragung ex officio findet gar nicht oder nur in geringem Umfange statt[6]).

Schmidt Vorlesungen S. 266 ff. — v. Bar S. 83 ff. — Sachs. Weimar'sches Ges. v. 6. Mai 1839. § 32—55. — Würtemb. G. v. 1825 § 27 ff. Reyscher II. § 319 ff., Römer S. 144 ff. — Platner kurhess. Sachenr. S. 80 f., 194 ff. — Nassauisches Ges. § 12 ff. — v. Meibom S. 109 f. — Großherzogl. Hess. Ges. § 14 ff. — Die einzelnen Fälle gehören nicht hieher, sondern zu den betreffenden Instituten, bei denen ein gesetzlicher Pfandrechtstitel vorkommt.

[2]) Verträge über die Eintragung von Hypotheken sollen nach den meisten Partikularrechten durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden, vgl. z. B. Regelsberger bayer. Hyp. R. S. 229 ff., v. Bar S. 76. — In Mecklenburg sind sie an keine Form gebunden, v. Meibom S. 107 f., ebenso in Oestreich Exner S. 144.

[3]) Regelsberger Studien S. 109, 133 ff.

[5]) Nach manchen älteren Rechten konnte auch sonst, ohne vorangegangenen Prozeß, eine Eintragung auf einseitigen Antrag des Gläubigers erfolgen, z. B. nach Kurkölnischer Praxis (Maurenbrecher Provinzialrechte I. S. 445 ff. N. wenn er seine Forderung und das periculum amissionis bescheinigt). Ueber andere Partikularrechte v. Meibom in Römers u. v. Meibom's Festschrift zur Säcularfeier der Universität Tübingen. Stuttg. 1877. S. 80 ff. — Die neueren Hypothekenordnungen befriedigen dies Bedürfniß zum Theil durch die Pränotation, vgl. § 110 N. 30 ff.

[6]) Nach der Kurh. VO. v. 17. Juni 1828 § 1 soll von Amts wegen eine Hypothek wegen der rückständigen Kaufgelder eingetragen werden, vgl. auch Platner kurh. Sachenrecht S. 80 f. Nach der Waldecker VO. v. 2. Nov. 1807 art. 5 sollen die Obrigkeiten die gesetzlichen und die gerichtlich bestätigten Hypotheken ex officio eintragen, sobald sie von ihnen legale Kenntniß erhalten haben. Nach Meckl. Recht findet bei rückständigen Kaufgeldern die Eintragung statt,

Was die Entstehung der Hypothek durch Antrag oder Bewilligung des Eigenthümers betrifft, so gehen die Partikularrechte auseinander: einige halten an dem Vertragsprinzip fest und machen die Eintragung noch davon abhängig, daß der künftige Hypothekengläubiger seinerseits der Behörde erklärt, die Hypothek erwerben zu wollen[6a]), wogegen nach andern Rechten es seiner Erklärung nicht bedarf, sondern die einseitige Erklärung des Eigenthümers hinreichend ist[6b]). Wie in manchen andern Fällen (vgl. unten III. § 171), so entsteht hier die Verbindlichkeit einer Person nicht durch Vertrag, sondern durch einseitiges Versprechen. Ob der Eingetragene Gläubiger geworden ist, hängt aber noch von weiteren Umständen ab[6c]); da insbesondere die Geltendmachung der Forderung in mehrfacher Beziehung von dem Besitz des Hypothekenscheins oder des Grundschuldbriefs bedingt ist, so wird in diesen Beziehungen regelmäßig der Erwerb des Gläubigerrechts von einem Vertrage des Gläubigers und Schuldners, von der vertragsmäßigen Aushändigung der Urkunde abhängig sein.[6d]). Aber auch da, wo der Eingetragene nicht seinen Gläubigerwillen erklärt hat, ist der Schuldner seinen einmal im Grundbuch ausgesprochenen Schuldnerwillen einseitig zurückzuziehen nicht befugt, denn die Löschung der Hypothek ist von der Bewilligung des eingetragenen Gläubigers abhängig und, wo er diese verweigert, bedarf es des gerichtlichen Verfahrens gegen ihn.

Ueber die Form, in welcher die Eintragungsbewilligung des Eigenthümers zu erfolgen hat, enthalten die Partikularrechte verschiedene Bestimmungen. Meistens genügt es nicht, daß der Gläubiger die Schuldurkunde vorlegt, in welcher ihm der Schuldner die Bestellung der Hypothek verspricht (clausula intabulandi), sondern wird

---

wenn die Existenz der Verbindlichkeit durch übereinstimmende Erklärung der Betheiligten festgestellt und die Eintragung vom Gläubiger nicht verbeten ist, v. Meibom Meckl. Hyp. R. S. 122.

[6a]) So nach Oesterr. Recht Strohal Eigenthum an Immobilien S. 31 f. N. 10.

[6b]) So nach Preuß. Recht Dernburg I. § 318 („einseitiger Creationsakt"), Dernburg u. Hinrichs S. 443 f.

[6c]) Hierin besteht nach Preuß. Recht eine Verschiedenheit für Hypotheken und für Grundschulden; vgl. N. 13, 16.

[6d]) Genaueres bei Dernburg I. § 318.

ein direkter mündlicher oder schriftlicher Antrag des Eigenthümers an das Gericht gefordert[7]).

4. Nur derjenige Eigenthümer kann eine Eintragung beantragen, welcher im Grundbuch als solcher eingetragen ist[8]); der Erwerber von Todes wegen ist nicht früher zum Antrag legitimirt, als er sich selbst hat als Eigenthümer eintragen lassen. Hat der Eigenthümer nach dem Hypothekenbuch nur ein zeitlich begrenztes oder resolutivbedingtes Recht, so soll er entweder gar keine Hypotheken[9]) oder er soll sie nur für die Zeit seines Eigenthums bestellen, so daß sie bei Beendigung seines Rechts fortfallen[10]). Vorkaufs- oder Wiederkaufsberechtigungen dritter Personen beschränken den Eigenthümer nicht in der Bestellung von Hypotheken und der dritte Berechtigte, welcher von seinem Kaufrecht Gebrauch macht, hat die Hypothek anzuerkennen[11]).

---

[7]) Dernburg und Hinrichs S. 100 ff.; vgl. aber auch Achilles Kommentar (3. Aufl.) S. 174, 175. Während die Auflassungserklärung (zur Uebertragung des Eigenthums) nach Preuß. Recht mündlich erfolgen soll, kann nach der Preuß. Grundbuch-O. § 31 die Bewilligung zur Eintragung oder Löschung von Hypotheken mündlich oder schriftlich ausgesprochen werden; § 33: „schriftliche zu einer Eintragung oder Löschung erforderliche Anträge und Urkunden müssen gerichtlich oder notariell aufgenommen oder beglaubigt sein. Jedoch bedürfen schriftliche Anträge, welchen die beglaubigten Urkunden beiliegen, in denen die Betheiligten die beantragte Eintragung oder Löschung schon bewilligt haben, keiner besonderen Beglaubigung". — Nach baier. Recht (Roth B. II. § 189. S. 434 f.) genügt nicht die Erklärung des Schuldners vor dem Hypothekrichter, sondern wird eine notarielle Urkunde gefordert; gerichtliche oder notarielle Urkunden fordern auch das Großherzogl. Hessische Ges. § 29 und das Oestr. Ges. § 26, 31—33. — Vgl. auch Sächs. VO. v. 1865. § 168 ff.

[8]) In wie weit der Vasall, Fideikommißbesitzer, Bauer Hypotheken bestellen darf, vgl. unten bei den betreffenden Güterarten.

[9]) Sächs. GB. § 399; der scheinbar widersprechende § 291 handelt von dem Fall, daß das beschränkte Recht des Eigenthümers sich nicht aus dem Grundbuch ergiebt.

[10]) Oestr. GB. § 468 und unten § 115 N. 16. — Vgl. auch die abweichende Bestimmung des Großherzogl. Hess. Ges. art. 10.

[11]) Für den Fall, daß im Hypothekenbuch eine bestimmte Wiederkaufs- oder Vorkaufssumme eingetragen ist, sollen gegen die Vor- oder Wiederkaufsberechtigten die nach der Eintragung ihres Rechts bestellten Hypotheken nur wirksam sein, sofern sie jene Summe nicht überschreiten, Neuvorpommern'sche Hyp. O. v. 1868. § 26, Sächs. GB. § 401. — Nach dem Baier'schen H. G.

5. Da der Rang der Hypotheken sich nach der Priorität richtet, ist bei jeder Eintragung deren Datum zu vermerken. Sind mehrere Hypotheken zur Eintragung angemeldet, so sind sie nach der Reihenfolge der Anmeldung einzutragen[11a]). Mehrere unter demselben Datum erfolgte Eintragungen stehen zu gleichem Recht, wenn nicht ausdrücklich bestimmt ist, daß die eine der andern nachstehen soll[11b]).

Die Hypothek ist nicht mit dem Antrag auf Eintragung[12]), sondern erst mit dem Moment der Eintragung selbst entstanden[13]). Tritt vor der Eintragung ein Grund gegen sie ein, insbesondere durch Konkurs des Eigenthümers, so darf sie nicht mehr erfolgen. Allgemein bestimmt die Konkursordnung § 12: „Pfand- und Hypothekenrechte . . . an Gegenständen der Konkursmasse können nach der Eröffnung

---

art. 5. al. 2 bedarf es, um ein festes Recht entstehen zu lassen, der Genehmigung des Rückkaufsberechtigten bei Bestellung einer Hypothek.

[11a]) Preuß. Ges. § 17, 36, Preuß. Grundb. O. § 42, 44, 45. — Ist die Eintragung aber nicht nach der Reihenfolge der Anträge erfolgt, so richtet sich nach Oesterr. Recht die Priorität nach dem Zeitpunkt des Antrags, Exner S. 465 f. und dasselbe nimmt auch in Uebereinstimmung mit der Praxis des O. Trib. für das Preuß. Recht das Reichsgericht (Entsch. IV no. 84) an. Letztere Entscheidung halte ich für unvereinbar mit dem Satz des Gesetzes § 17: „Die Rangordnung der auf demselben Grundstück eingetragenen Rechte bestimmt sich nach der Reihenfolge der Eintragungen." Es bedarf also immer erst einer Correktur der irrigen Reihenfolge.

[11b]) Preuß. Gesetz § 36, Regelsberger S. 462; anders nach Oesterr. R. Exner S. 466 f.

[12]) Dies war früher die Ansicht des Preuß. O. Tribunals, vgl. Göppert S. 260 f.

[13]) v. Meibom S. 148. — Preuß. Ges. § 18: „Das Recht der Hypothek und der Grundschuld entsteht durch die Eintragung im Grundbuch". Durch diesen in den früheren Entwürfen nicht enthaltenen Paragraphen ist der Behauptung Bähr's (S. 87 ff.) begegnet, daß die Eintragung nur die conditio sine qua non für die Entstehung sei, aber erst die Zustellung des Hypothekenbriefs das Pfandrecht entstehen lasse; vgl. dagegen v. Meibom S. 148 ff. Es kommt auch in Betracht, daß nach manchen Gesetzen, z. B. der Preuß. Grundbuch. O. § 122, auf die Ausfertigung des Hypothekeninstruments verzichtet werden darf.

Hat der Vorbesitzer eine Hypothek zur Eintragung angemeldet und läßt er darauf sein Grundstück einem Dritten auf, welchem jene Anmeldung unbekannt blieb, so darf die Hypothek nicht mehr eingetragen werden und hat der neue Gläubiger, falls die Eintragung doch erfolgte, eine Klage auf Löschung, Dernburg u. Hinrichs S. 117 N. 15.

des Konkursverfahrens nicht mit verbindlicher Kraft gegen die Konkursgläubiger erworben oder eingetragen werden, wenngleich der Anspruch auf den Erwerb oder die Eintragung schon vor der Eröffnung des Verfahrens begründet gewesen ist“ [14]). Dagegen ist die Entstehung des Rechts nicht davon abhängig, daß die Betheiligten (der Eigenthümer und der Gläubiger) durch die Behörde von der Eintragung benachrichtigt sind [15]): denn das Hypothekenbuch ist öffentlich, jeder Betheiligte kann es einsehen und die einmal erfolgte Eintragung kann nicht willkürlich von der Behörde wieder vernichtet werden.

Soweit nicht partikularrechtliche Bestimmungen entgegenstehen, ist der Berechtigte sofort nach der Eintragung, ohne daß es erst der Aushändigung des Hypothekenbriefs bedarf, über seinen Posten zu verfügen berechtigt [16]), und kann der Eigenthümer über ihn nicht mehr ohne Genehmigung des eingetragenen Gläubigers disponiren.

---

[14]) Dies gilt auch für das Preußische Recht. Der Antrag auf Eintragung steht, wie ausdrücklich § 18 des Gesetzes sagt, nicht der Eintragung gleich: ein zur Eintragung bloß angemeldetes Recht ist weder ein erworbenes noch ein eingetragenes Recht; es darf daher die Eintragung nicht stattfinden, nachdem der Konkurs vermerkt ist. Trotzdem befolgt die Preußische Praxis und Literatur die entgegengesetzte Annahme, vgl. Achilles S. 151, Dernburg I. § 200 N. 9, Dernburg u. Hinrichs S. 130, 411 N. 49, Erk. d. Reichsger. IV. no. 84 S. 325. — Ebenso für Oestr. Recht Strohal S. 37 N. 17. — Daß ein bloßer Pfandrechtstitel, welcher vor der Konkurseröffnung entstand, nicht benützt werden darf, um nach derselben die Hypothek eintragen zu lassen, ist selbstverständlich, Seuffert XXXV no. 86.

[15]) Dies ist die Ansicht von v. Meibom S. 149, welcher die Analogie von der Publikation des Erkenntnisses heranzieht. — Ebenso irrig und mit der von ihm selbst (S. 148 f.) vertheidigten Ansicht unvereinbar ist die Behauptung v. Meibom's S. 149, daß der Eigenthümer durch Zurückbehaltung des Hypothekenbriefs „die Entstehung des hypothekarischen Rechts“ hinausschieben könne; vielmehr kann er höchstens dadurch verhindern, daß der Gläubiger beliebig über sein Recht weiter verfügt.

[16]) Der Satz des Preuß. Ges. § 20: „Der eingetragene Gläubiger erlangt das Verfügungsrecht über die Grundschuld erst durch die Aushändigung des Grundschuldbriefs an ihn“, gilt nur von der Grundschuld, nicht von der Hypothek; über letztere kann der Gläubiger sofort verfügen. Doch erleidet diese Bestimmung durch die Grundbuch O. § 129 insofern mit Bezug auf die Hypothek eine Einschränkung, als zur Eintragung der Cession es der Vorlegung des Hypothekenbriefs bedarf und wenn ein solcher nicht ausgefertigt ist, er nachträglich zu bilden ist.

6. Ueber die einzelnen eingetragenen Posten werden von der Grundbuchbehörde Urkunden, Hypothekenscheine, Grundschuldbriefe ausgefertigt und regelmäßig dem Eigenthümer, welcher die Eintragung beantragt hat, übergeben, der sie seinerseits dem Gläubiger aushändigt. Erfolgt die Eintragung auf Requisition einer Behörde, so wird ihr das Instrument eingehändigt[17]). Partikularrechtlich kann auf die Ausfertigung des Hypothekenscheins verzichtet werden[18]).

Das Instrument enthält eine Abschrift der das Rechtsverhältniß des einzelnen Postens bestimmenden Einträge des Grundbuchs; es giebt das Grundstück an, auf welchem die Last haftet, den Namen des Eigenthümers, die Beschränkungen und Lasten des Grundstücks, die Summen der vorhergehenden Posten und den vollständigen Eintragungsvermerk der Post, für welche es ausgefertigt wird, insbesondere auch den Namen des Gläubigers[19]). Mit dem Hypothekenbrief wird die Urkunde über die Schuld verbunden, für welche die Hypothek bestellt ist[20]). Nach neuestem Recht können dem Grundschuldbrief auf den Inhaber lautende Zinsquittungsscheine beigegeben werden, welche im Fall des Verlustes nicht amortisirbar sind[21]).

Der Hypothekenbrief ist eine Sache und kann daher Objekt der Vindikation sein. Trotzdem gilt da, wo in Folge der Regel „Hand wahre Hand" eine Beschränkung der Vindikation von Mobilien stattfindet, dieselbe nicht auch für die Vindikation des Hypothekeninstruments. Vielmehr hat, wer nach dem Intabulat oder in Folge von Cessionen Gläubiger ist, die Klage gegen jeden Besitzer; denn er ist Gläubiger geblieben und hat durch Uebertragung der Urkunde auf eine Vertrauensperson nicht wie bei einem Inhaberpapier die Geltendmachung des Forderungsrechts verloren; die Urkunde ist lediglich

---

17) Preuß. Grundb. O. § 122, v. Meibom S. 144.

18) Preuß. Grundb. O. § 122 (aber nicht auf die Ausfertigung des Grundschuldbriefes). Vgl. auch § 129. — Weimar'sches G. v. 1839. § 62, 260, Würtemb. Ges. v. 1825. § 14, 191.

19) Preuß. Grundb. O. § 124, 127; über die Geschichte der Form in Preußen Dernburg I. § 324.

20) Preuß. Grundb. O. § 122, v. Meibom S. 142 f.

21) Preuß. Ges. § 39, Grundb. O. § 96, 128, Dernburg § 327.

Beweismittel[22]). Wenn der Gläubiger aus dem Besitz der Urkunde gekommen ist, ohne zu wissen, wer sie jetzt inne hat, oder wenn der Schuldner die Hypothek zurückzahlen will, aber wegen erfolgter Cessionen den jetzigen Gläubiger nicht kennt, oder wenn er die Tilgung der Hypothek behauptet, ohne eine Quittung zu besitzen und ihm die Person oder der Aufenthalt des früheren Gläubigers nicht bekannt ist, kann ein Aufgebots- und Amortisationsverfahren angeordnet werden, um den Inhaber der Urkunde zur Meldung zu veranlassen, resp. wenn er dieselbe innerhalb bestimmter Zeit unterläßt, das Instrument für wirkungslos zu erklären[23]).

7. Die Hypothek ist auf den Namen eines bestimmten Gläubigers einzutragen; eine Hypothek auf den Inhaber ist auch nach den neuesten Hypothekenordnungen unzulässig[24]); doch kann durch Blanko-Cession sie in ebenso leichter Weise, wie ein Inhaberpapier übertragen werden (vgl. unten § 113. 4).

Außerdem ist aber durch die neuere Specialgesetzgebung die Inhaberhypothek für den Fall eingeführt worden, daß ein Grundbesitzer, besonders eine Eisenbahn, eine Anleihe in der Weise unter Verpfändung seines Besitzthums macht, daß über die Anleihe Partialobligationen ausgegeben werden, welche auf den Inhaber lauten[24a]).

---

[22]) Rostocker Entsch. bei Buchka u. Budde VI. S. 87 ff. (auch bei Goldschmidt Zeitschr. XV. 592 ff.); abweichender Ansicht v. Meibom S. 146 N. 25.

[23]) z. B. Wiener Grundbuch-O. v. 1566 bei Tomaschek Rechte von Wien II. S. 187, Baier. Ges. § 82, 159, Neuvorpommern'sche H. O. § 99, Preuß. Grundb. O. § 103—113, v. Bar S. 124 N. 25, v. Meibom S. 146 f., 282—285.

[24]) Bekker S. 15 will einfache Inhaberhypothekenscheine; dagegen, als dem Realkredit schädlich, erklärt sich Lette S. 51 ff. — Daß nach Bairischem Recht keine Inhaberhypotheken bestellt werden können, Roth II. B. S. 402 N. 78; a. A. Regelsberger S. 185. Für einzelne Partikularrechte wird behauptet, daß Inhaberhypotheken mit ihnen verträglich seien, Kuntze die Lehre von den Inhaberpapieren. 1857 S. 601, Römer S. 102 f. — Zulässig sind Inhaberhypotheken nach einzelnen Schweizer Rechten, v. Wyß Referat S. 28 f.

[24a]) Oestr. G. vom 24. Apr. 1874 betr. die Wahrung der Rechte der Besitzer von Pfandbriefen; Oestr. G. v. dems. Tage betr. die gemeinsame Vertretung der Rechte der Besitzer von auf Inhaber lautenden oder durch Indossament übertragbaren Theilschuldverschreibungen und die bücherliche Behandlung der für solche Theilschuldverschreibungen eingeräumten Hypothekarrechte; Oestr. G. v. 19. Mai 1874 betr. die Anlegung von Eisenbahnbüchern, die Wirkung der an einer Eisen-

Wohl waren auch schon früher derartige Inhaberpapiere ausgegeben worden, in denen das Immobiliarvermögen des Schuldners als verpfändet bezeichnet war, aber es hatte diese Erklärung des Schuldners fast überall keine praktische Bedeutung gehabt und die Eintragung der Hypothek war unterblieben[24b]). Um so wichtiger ist die gesetzliche Regelung dieses Rechtsverhältnisses. Nach den bisher ergangenen Gesetzen wird in dem Hypothekenbuch auf dem Folium des verpfändeten Grundbesitzes der Gesammtbetrag der Forderung, für welche das Pfandrecht bestellt wird, nebst den wesentlichen Bestimmungen über die Ausgabe der Theilschuldverschreibungen, über ihre Zahl und Höhe u. s. w.[24c]) eingetragen. Jeder Inhaber der Partialobligation hat, wie er Gläubiger des Schuldners ist, so auch ein Pfandrecht

bahn eingeräumten Hypothekarrechte und die bücherliche Sicherung der Pfandrechte der Besitzer von Eisenbahn-Prioritätsobligationen (alle drei Gesetze sind auch abgedruckt in Golbschm. Ztschr. XX. S. 507). — Schweizer Bundesgesetz v. 24. Juli 1874 über die Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen (auch in Goldschm. Ztschr. XXI. S. 426 ff.). — Braunschw. G. v. 30. März 1881 die Hypotheken für die auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibungen und Verpflichtungsscheine betreffend. — Der denselben Gegenstand betreffende, dem deutschen Reichstage im J. 1879 vorgelegte mit ausführlichen Motiven versehene Entwurf (betreffend das Pfandrecht der Eisenbahnen und die Zwangsvollstreckung in dieselben, in den Drucksachen des d. Reichstages 1879 no. 130) ist nicht zum Gesetz erhoben. — Vgl. auch Meili das Pfand- und Concursrecht der Eisenbahnen. Vergleichende Studien. Leipz. 1879 und Protokoll der XVII. Versammlung des schweiz. Juristenvereins in Basel. Bern 1879 S. 17 ff., 46 ff.

[24b]) So hat in Preußen niemals eine Eintragung von Eisenbahnprioritätsobligationen stattgefunden, weil keine Inhaberhypotheken möglich sind und weil nach § 2 der Grundbuchordnung Grundbücher nur für Gemeindebezirke angelegt und die einzelnen Grundstücke einer Eisenbahn nur in den Grundbüchern der verschiedenen Bezirke eingetragen werden sollen; unzuläſſig ist es die in verschiedenen Bezirken belegenen zur Eisenbahn gehörigen Grundstücke bücherlich zu einem Complex zusammenzufassen. Drucks. des Reichtages a. a. O. S. 96 f. — In Sachsen hatte man Pfandrechte zu Gunsten von Partialobligationen eingetragen, Siegmann S. 87 ff. — Was aber Eisenbahnen anbetrifft, hat eine solche Eintragung nur in Betreff der Hamburg-Bergedorfer Bahn stattgefunden, Drucksachen a. a. O. S. 98, 100.

[24c]) Oestr. 2. Ges. v. 24. Apr. 1874 § 12, 13. — Schweiz. G. art. 15: „Jedes Anleihen, auch wenn es in Partial-Obligationen zerfällt, bleibt eine einheitliche Forderung." — Braunschw. G. § 1: Es wird „der Gesammtheit der Gläubiger eine Hypothek bestellt und auf den Namen von Syndiken als Vertretern dieser Gesammtheit eingetragen."

an dem Immobiliarvermögen, aber er kann sein Pfandrecht nicht isolirt für sich geltend machen; vielmehr steht dies Recht nur der Gesammtheit der Gläubiger zu, welche ohne eine juristische Person zu sein, in dieser Beziehung eine Interessengemeinschaft bilden[24d]). Ihnen wird für diesen Zweck entweder staatlich ein Curator bestellt[24e]), oder sie haben einen Syndikus gleich bei der Begründung der Gesammtschuld erhalten[24f]), oder es werden die erforderlichen Schritte von der Majorität der Besitzer von Partialobligationen beschlossen[24g]).

Als Gläubiger kann jede Person (auch Firmen von Gesellschaften[25]), vom Staat anerkannte juristische Personen) eingetragen werden, welche nicht von dem Erwerbe von Immobiliarrechten ausgeschlossen ist.

Nach einzelnen neueren Hypothekenordnungen kann sich auch der Eigenthümer des Grundstücks als Hypothekengläubiger eintragen lassen[26]); nach andern kann er sich nur die zu Gunsten eines Andern

---

[24d]) Siegmann S. 37.

[24e]) Oestr. 1. Ges. v. 24. Apr. § 3, 2. Ges.

[24f]) Braunschw. G. § 1, 7.

[24g]) Schweizer. G. art. 15; unter Umständen können nach demselben auch einzelne Gläubiger selbständig vorgehen.

[25]) Vgl. oben I. § 49 N. 32. — Für die obige Ansicht auch Römer S. 160; gegen dieselbe Behrend Handelsrecht § 40 N. 66.

[26]) Meckl. rev. Hyp. O. f. Landgüter v. 1848. § 16, weitere Meckl. Bestimmungen bei v. Meibom S. 128, 154 N. 24. — Neuvorpommern'sche H. O. § 81. — Preuß. Ges. § 27 (nur in Betreff der Grundschuld; — ganz erklärlich, da eine Hypothek nur nach Angabe einer causa debendi eingetragen wird und der Eigenthümer nicht behaupten kann, daß er sich aus irgend einem Grunde etwas schulde, Buchka Hypothek des Eigenthümers 1875 S. 113). — Lübisches Ges. v. 25. Juli 1868. § 3 u. v. 15. Juli 1872. § 4 (der Eigenthümer kann sich eine Hypothek vorbehalten, eine andere Hypothek auf seinen Namen umschreiben lassen u. s. w.). — Hamb. Ges. v. 4. Dez. 1868. § 35.

Interessant ist der seit der Mitte des 17. Jahrhunderts in Bremen ausgebildete Gebrauch, wo man statt eine Hypothek aufzunehmen, Rentenbriefe, Handfesten ausfertigen ließ und dieselben dem Gläubiger verpfändete, vgl. Höpken (oben § 106 N. 1) S. 205 ff. Es pflegte der Hauseigenthümer zunächst einer vorgeschobenen Person, einem Freunde, oder später einem Gerichtsprokurator zum Schein eine Rente zu verkaufen und eine Handfeste ausstellen zu lassen. Da diese Handfesten wie Inhaberpapiere behandelt wurden, ließ er sie sich sofort zurückgeben, um wenn er ein Capital aufnehmen wollte, dem Gläubiger die betreffende Handfeste zu verpfänden.

eingetragene Hypothek cediren lassen, ohne daß sie durch Confusion untergeht, oder kann der Hypothekengläubiger Eigenthümer des Grundstücks werden, ohne daß darum die Hypothek ihre Wirkung verliert[27]). Nach noch andern Rechten kann der Eigenthümer nicht als Gläubiger eingetragen werden, sich aber eine Stelle in dem Hypothekenbuch für eine künftige Eintragung offen halten und bemerken lassen, daß die Benennung des Gläubigers vorbehalten sei[28]).

Für die Geschichte der Hypothek des Eigenthümers ist auch aufmerksam zu machen auf die im Mittelalter häufig vorkommenden Urkunden, in denen ein Vasall dem Lehnsherrn sein vasallitisches Recht verpfändet, Kohler pfandrechtliche Forschungen S. 284 ff., 288 ff.

Ueber die Hypothek des Eigenthümers: v. d. Hagen die Hypothek des Eigenthümers 1836; Bähr S. 93—95, v. Bar S. 56—59, Bremer S. 5 ff., 39 ff., 46 ff., 78 ff., Siegmann S. 135 ff., v. Ihering Jahrbb. X. S. 490—92, vgl. mit S. 452—454, v. Meibom S. 150 ff., Förster III. § 200, Dernburg I. § 337, 338, Schollmeyer die Hypothek des Eigenthümers nach dem Gesetz über den Eigenthumserwerb u. s. w. vom 5. Mai 1872. Halle 1874. (Dazu Regelsberger's Anzeige in d. krit. Vierteljahrsschrift XVII. S. 267—273.) Gerh. Buchka die Hypothek des Eigenthümers nach den neuesten deutschen Gesetzgebungen und in ihrem Verhältniß zum röm. Recht. Wism. 1875, besonders S. 82—116 (dazu Regelsberger's Anz. in d. krit. Viertelj.-Schr. XVIII. S. 204—210), R. Goldschmidt Systematik des Pfandrechts und der Hypothek des Eigenthümers. 1877, Kühnast Begriff der Grundschuld 1877. S. 29 ff., G. Hartmann Rechte an eigener Sache 1877. S. 6 ff., 38 ff., 78 f. (auch in v. Ihering's Jahrbb. XVII. S. 72 ff., 100 ff., 132 f.), Roth die hypothekarische Succession und die Eigenthümer-Hypothek (Arch. f. civ. Praxis. LXII. und Separatabdruck). 1879. (Hierin findet sich die sorgfältigste Zusammenstellung der Partikularrechte u. der verschiedenen Ansichten in der Literatur), Exner S. 654 ff., 660 ff. (das Oestr. R. kennt keine Eigenthümerhypothek). — Entsch. d. RchsGer. III. no. 76.

[27]) Vgl. darüber unten § 113. II. 5. — Wir verbinden diese Fälle mit unserer Betrachtung soweit, als es sich um die Bedeutung der Hypothek des Eigenthümers im allgemeinen handelt.

[28]) So nach dem Bair. Ges § 150; dies ist auch nach Meckl. Recht zulässig, v. Meibom S. 138, 151, ein beschränktes derartiges Offenhalten auch nach Oestr. R., Exner S. 664. — Beides ist in seinen Wirkungen nicht identisch: die Hypothek des Eigenthümers hindert jede andere Eintragung an dieser Stelle, sie kann nur cedirt werden, während bei der Offenhaltung hier eine Hypothek später eingetragen werden kann. — Und wenn der Eigenthümer, welcher eine Stelle offen gehalten hat, sein Grundstück veräußert, hat er nicht etwa eine Hypothek am Grundstück, sondern erwirbt der neue Eigenthümer das

Da Niemand sein eigner Gläubiger sein kann, hat die Eintragung des Eigenthümers als Hypothekengläubiger vor der Hand keine praktische Bedeutung, insbesondere tritt keine Verpflichtung zur Verzinsung der Hypothek ein[28a]). Indessen ist eine solche Hypothek für den Eigenthümer insofern von Werth[28b]), als er die Disposition über die betreffende Stelle im Hypothekenbuch behält und, nachdem hinter ihr bereits andere Gläubiger eingetragen sind, die zunächst ihm zugeschriebene Hypothek mit der Priorität vor denselben auf eine andere Person übertragen kann. Indem hinter der Hypothek des Eigenthümers andere Gläubiger sich eintragen lassen, erklären sie sich damit einverstanden, daß ihnen nicht der ganze Werth der Pfandsache, sondern nur nach Abzug der voraufgehenden Summen, insbesondere auch der Summe verhaftet sein soll, über welche sich der Eigenthümer noch die Disposition vorbehalten hat.

Durch die Eintragung des Eigenthümers ist keine Obligation entstanden. Seine Hypothek bedeutet nicht[28c]), daß er sein eigner Gläubiger sei, sondern daß er Schuldner für diese Summe sein wolle,

---

Recht, über die betreffende Stelle zu disponiren, Regelsberger Bayer. Hyp. R. S. 288.

Für ein bloßes Offenhalten der Stelle und gegen jede Hypothek des Eigenthümers erklären sich Göppert S. 278 ff.; Bekker S. 77, da dieselbe eine „civilistische Inelegauz“ sei und die Obligation und das Pfandrecht durch Zahlung oder Confusion erlösche. Consequent müßten sie dann fordern, daß wenn der Gläubiger Eigenthümer des Grundstücks wird, sein Name an der betreffenden Hypothekenstelle gelöscht würde, und weiter, daß kein trassirt eigner Wechsel ausgestellt würde, daß der Trassat den Wechsel nicht auf sich indossiren lassen dürfe u. s. w.

[28a]) Motive zu den Preuß. Gesetzentwürfen. Berlin 1869. S. 63: „Es fehlen dem Eigenthümer die wesentlichen Rechte des Hypothekengläubigers; er kann nicht bloß keine Zinsen von sich selbst fordern, er kann auch nicht die Zahlung des Kapitals durch den Antrag auf Subhastation gegen sich erzwingen und etwa dadurch ein bequemes Mittel erlangen, sich von den dann ausfallenden Hypotheken zu befreien. Die Hypothek ruht, so lange sie sich in seinen Händen befindet, sie ist kein selbständiges Vermögensobjekt für ihn und hat nur den negativen Werth, daß der Eigenthümer Kapital und Zinsen der Hypothek keinem Dritten schuldet“.

[28b]) Ueber die wirthschaftlichen Gründe der Eigenthümerhypothek Exner S. 655 ff.

[28c]) Anders Kühnast S. 31, 40, 43: Die Grundschuld entstehe bereits mit der Eintragung.

wenn die Hypothek auf eine andere Person übergehe, resp. Gläubiger sein wolle, wenn das Eigenthum des Grundstücks auf einen Andern übertragen werde: er hat in bedingter Weise einseitig seine Verbindlichkeit erklärt. Es wird aus praktischen Gründen für zulässig erachtet, den Inhalt einer möglicherweise künftig entstehenden Obligation bereits vor ihrer Existenz in das Buch einzutragen, die passive Seite zunächst zu fixiren mit der Wirkung, daß wenn sich für diesen Inhalt der Obligation künftig ein Gläubiger findet, unter Anwendung der hypothekenmäßigen Verkehrsformen durch eine scheinbare Cession, in der That aber durch Eintragung des sog. Cessionars als ersten wirklichen Gläubigers die Obligation existent wird[28d]). So wie es allgemein anerkannt ist, daß für eine ihrer Existenz nach unsichere Forderung eine Hypothek eingetragen werden kann (Cautionshypothek), so ist dies auch bei einer solchen Unsicherheit möglich, bei welcher sich noch kein bestimmtes Subjekt für die aktive Seite der Obligation gefunden hat.

Andererseits erlangt die bisher nur scheinbar bestehende Obligation durch Veräußerung des Grundstücks volle Wirksamkeit; in dieser Beziehung erscheint sie als Vorbehalt einer Hypothek für den Fall der Veräußerung[29]).

Im Konkurse oder bei der Subhastation wird die Hypothek des Eigenthümers, gleich viel ob sie von vorne herein als solche entstanden oder erst durch spätere Ereignisse (Erwerb der Forderung durch den Eigenthümer oder des Grundstücks durch den Gläubiger) eingetreten ist, in den Partikularrechten verschieden behandelt. Nach

[28d]) Die Hypothek des Eigenthümers kann man mit einem Inhaberpapier vergleichen, welches sich noch in den Händen des Ausstellers befindet.

[29]) Das sächs. GB. läßt die Hypothek des Eigenthümers nur in dem Fall zu, daß er eine zunächst für einen andern Gläubiger eingetragene Hypothek für sich erwirbt und auf seinen Namen umschreiben läßt; als Wirkung giebt § 442 u. 443 an, daß er dann die Hypothek auf Andere übertragen kann. Daraus folgert Siegmann S. 137, daß nach sächs. Recht die im Text angegebene Wirkung nicht eintritt und der Eigenthümer bei Veräußerung des Grundstücks die Hypothek nicht auf seine Forderung wegen unbezahlter Kaufgelder übertragen kann. — Wenn eine Eigenthümerhypothek auf einem Lehngrundstück eingetragen ist, erhält sie ihre volle Wirksamkeit, falls in den allodialen und den feudalen Nachlaß nicht dieselbe Person succedirt; das Recht aus der Hypothek geht in diesem Fall auf den Allodialerben über, Buchka S. 104 ff.

einigen fällt bei der einfachen Subhastation der Erlös für den betreffenden Posten dem Eigenthümer, bei dem Konkurs wie sein übriges Vermögen der Konkursmasse zu[30]); nach andern kann der Eigenthümer oder die Konkursmasse die Forderung nicht geltend machen, da Niemand sein eigner Gläubiger sei, und rücken die nachfolgenden Gläubiger auf, so als ob die Hypothek gelöscht wäre[31]).

---

8. Pfandrechte an Immobilien sind heut zu Tage regelmäßig Hypotheken und eine ganze Reihe von Gesetzen verbietet das Faustpfand an Grundstücken und insbesondere den antichretischen Vertrag[32]); andere lassen auch das Faustpfand an Immobilien ausdrücklich[33]) oder stillschweigend zu[34]). Wo zur Entstehung dinglicher

[30]) Diese Gestaltung geht von der Annahme aus, daß den Gläubigern nicht das ganze Objekt haftet, sondern daß sie sich überhaupt nur an denjenigen Erlös halten dürfen, welcher die Summe der voreingetragenen Hypotheken übersteigt. — Neuvorpommern'sche H. O. § 138: „auf die für den Eigenthümer eingetragenen Forderungen haben die bei der Subhastation ausfallenden Gläubiger keinen Anspruch". — Wenn der Eigenthümer die Forderung durch Cession erworben hat, Plen. Beschl. des Preuß. O. Trib. v. 9. Jan. 1846 (Entsch. XII S. 66). — Preuß. G. v. 1872. § 27: „Bei der Vertheilung der Kaufgelder in Folge einer gerichtlichen Zwangsversteigerung kann er die Grundschuld für sich geltend machen". — Hamb. Ges. v. 4. Dez. 1868. § 35 (anders die frühere Hamb. Praxis, Baumeister I. S. 184). — In beschränktem Maß gilt diese Auffassung auch nach dem Grhzgl. Hess. G. art. 159; nach art. 107 wird der Zuschlag bei der Subhastation nur ertheilt, wenn das Gebot geeignet ist, diejenigen Forderungen zu befriedigen, welche dem die Subhastation beantragenden Gläubiger vorangehen; nun bestimmt art. 159, daß dabei auch die Hypothek des Eigenthümers als eine solche zu deckende Forderung zu betrachten sei. — Für diese Behandlung der Frage spricht sich auch Bekker S. 76 de lege ferenda aus.

[31]) Sächs. H. G. § 120, Sächs. GB. § 444 (vgl. auch Haubold § 215[b] N. 1), v. Bar S. 57 ff., v. Meibom S. 152, 224 f., 267 f., Regelsberger bayer. H. R. I. S. 282, Buchka S. 106 ff.; de lege ferenda Bähr S. 95.

[32]) Vgl. oben § 108 N. 18.

[33]) z. B. Preuß. Grundb. O. § 12: „Wenn mit solchen Rechten (Hypotheken und Grundschulden) der Besitz und Genuß des Grundstücks von Seiten des Gläubigers verbunden ist, so wird zugleich dies Recht in der zweiten Abtheilung vermerkt"; Förster III. § 190 N. 33, Kohler pfandr. Forschungen S. 250 ff.

[34]) Ueber Baiern vgl. Roth B. II. S. 445 f., 483 f., Regelsberger S. 38 N. 3, 347 f.; im neuesten Recht ist es verworfen, Kohler S. 254 f.

Rechte die Eintragung in die Grundbücher erfordert wird, bedarf es derselben auch bei Begründung eines Faustpfands oder einer Antichrese und entsteht in Ermangelung dieser Form nur ein persönliches Recht zwischen Gläubiger und Schuldner[35]).

§ 112. Das Pfandobjekt und das Princip der Specialität.

Das neuere Hypothekenrecht wird im Gegensatz gegen das römische Recht von dem Prinzip der Spezialität beherrscht und zwar sowohl in Rücksicht auf das verpfändete Objekt, als auf die Forderung.

I. Je nach den verschiedenen Partikularrechten sind Generalhypotheken entweder überhaupt unzulässig und wirkungslos oder sie ergreifen, wo sie zugelassen sind, nicht die Grundstücke, sondern es bedarf, wenn der Schuldner auch Immobilien besitzt, der Eintragung des Pfandrechts bei jedem einzelnen belasteten Objekt. Gegenstand der Hypothek können Grundstücke und den Immobilien in dieser Beziehung gleich behandelte, sog. immobiliare Rechte sein. In welchem Umfange für solche Rechte ein Folium in den Grundbüchern eröffnet wird, ist eine Frage des Partikularrechts[1]). Einzelne Gesetze gestatten auch die zu derselben Eisenbahn gehörigen, in verschiedenen Bezirken belegenen Grundstücke als einen Gesammtkomplex, für welchen ein besonderes Grundbuch angelegt wird, mit Hypotheken zu belasten[1a]).

1. Wenn Grundstücke mit einer Hypothek belastet sind, erscheint als Objekt derselben der Grund und Boden mit allem, was zu ihm

---

[35]) v. Meibom S. 135 f., Regelsberger S. 347 f., Römer S. 202 ff. — v. Bar S. 101 bestreitet die dingliche Wirksamkeit der Antichrese im modernen Recht, weil dieselbe dem Grundsatz widerspreche, daß ein Pfandrecht nur für bestimmte Geldsummen und für bestimmt normirte Zinsen bestellt werden dürfe. Indessen kann ja auch eine Abrechnung unter Zugrundelegung des gesetzlichen oder vertragmäßigen Zinsfußes stattfinden und spricht nichts dagegen, daß durch die Ueberschüsse des Werths der Früchte eine theilweise Zurückzahlung des Kapitals bewirkt wird.

[1]) Vgl. darüber oben I. § 67 N. 15 und außerdem Dernburg u. Hinrichs S. 152 ff., Exner S. 52 ff., Römer S. 112 ff.; in geschichtlicher Beziehung oben I. § 106 N. 39.

[1a]) Vgl. oben § 111 N. 24a.

gehört[1b]), mit Gebäuden[2]), Bäumen, sonstigen Pflanzen u. s. w., den Pertinenzien[3]), Realgerechtsamen[3a]) u. s. w.

Was mobiliare Pertinenzien betrifft, so gelten sie nur so lange als verpfändet, als sie diese Qualität haben; durch Veräußerung an einen Dritten werden sie pfandfrei[4]), ebenso wie andererseits die

---

[1b]) Preuß. Ldr. I. 20. § 471, Sächs. GB. § 411, 412. — Preuß. Ges. v. 1872. § 30: „Für das eingetragene Kapital, für die eingetragenen Zinsen und sonstigen Jahreszahlungen und für die Kosten der Eintragung, der Kündigung, der Klage und Beitreibung haften: das ganze Grundstück mit allen seinen, zur Zeit der Eintragung nicht abgeschriebenen Theilen (Parzellen, Trennstücken), die auf dem Grundstück befindlichen oder nachträglich darauf errichteten, dem Eigenthümer gehörigen Gebäude; die natürlichen An- und Zuwüchse, die stehenden und hängenden Früchte; die auf dem Grundstück noch vorhandenen abgesonderten, dem Eigenthümer gehörigen Früchte; die Mieth- und Pachtzinsen und sonstigen Hebungen; die zugeschriebenen unbeweglichen Zubehörstücke (Pertinenzen und Gerechtigkeiten); das bewegliche, dem Eigenthümer gehörige Zubehör, so lange bis dasselbe veräußert und von dem Grundstück räumlich getrennt worden ist; die dem Eigenthümer zufallenden Versicherungsgelder für Früchte, bewegliches Zubehör und abgebrannte oder durch Brand beschädigte Gebäude, wenn diese Gelder nicht statutenmäßig zur Wiederherstellung der Gebäude verwendet werden müssen oder verwendet worden sind".

[2]) Das Preuß. G. § 30 (N. 1b) sagt: „die dem Eigenthümer gehörigen Gebäude". Da nach Preuß. Recht der Eigenthümer des Bodens nicht durchweg Eigenthümer der Gebäude ist (vgl. oben § 79 N. 3), haftet dem Gläubiger also nicht das Gebäude des Superficiars oder die Baulichkeit, welche ein Pächter für die Dauer der Pachtzeit zu seinen Zwecken errichtet hat. Der Pächter hat das jus tollendi; ist die Superficies älter als die Hypothek, so wird bei der Subhastation das Grundstück mit dieser Last ausgeboten; ist sie jünger, so hat der Superficiar das jus tollendi, Förster Grundbuchrecht S. 162 f. — Vgl. auch Regelsberger S. 345.

[3]) Preuß. G. für Neuvorpommern und Rügen v. 26. Mai 1873. § 15: „Zu dem beweglichen Zubehör, welches . . . . für Hypothek oder Grundschuld haftet, wird bei ländlichen Grundstücken auch das Vieh-, Feld- und Wirthschaftsinventar gerechnet". — Ueber die Frage, in welchem Umfang Mobilien als Pertinenzien mit dem ländlichen Grundstück verhaftet sind, vgl. v. Meibom S. 189, Siegmann S. 65., Regelsberger S. 350 ff. — Nach Württ. R erstreckt sich das Pfandrecht nicht von selbst auf die mobiliaren Pertinenzien, v. Wächter II. S. 247, besonders Erörter. S. 36 ff., Römer S. 114 f., 119.

[3a]) Regelsberger S. 351 f.

[4]) Preuß. Ldr. I. 20. § 445, Preuß. G. § 30 (N. 1b), Baier. Ges. § 35, Unger I. S. 445, N. 29. v. Meibom S. 193 N. 24, Römer S. 119 f., Regelsberger S. 338, 351, Exner S. 380 N. 33. — Sächs. GB. § 413

neu hinzuerworbenen dem Pfandnexus unterworfen werden[5]). Wenn nach der Verpfändung zu dem verpfändeten Gut noch Parzellen hinzukommen[6]) und in dem Grundbuch dem verpfändeten Gut zugeschrieben werden, oder wenn neue Gebäude errichtet, Gerechtsame hinzuerworben werden u. s. w., so gelten sie als mitverpfändet[7]). Auf einzelne Bestandtheile des Grundstücks, wie überhaupt auf einen realen Theil desselben kann keine Hypothek eingetragen werden[8]).

Im Fall des Konkurses und der Subhastation erstreckt sich die Hypothek auch auf die noch nicht getrennten natürlichen Früchte[9])

---

sagt, daß die Gläubiger gegen den dritten redlichen Erwerber der Pertinenz keinen Anspruch haben.

[5]) Unger I. S. 446, Münchener O. A. Ger. bei Schletter Jahrbb. IV. S. 105.

[6]) In Betreff der neu hinzugekommenen Gutsparzellen bestimmte das Pr. Ldr. I. 20. § 454 f., daß die ältern Hypotheken sich auf sie nicht erstrecken; ebenso Neuvorpommern'sche H. O. v. 1868. § 14 u. v. Meibom S. 191. Da aber dadurch bei der Exekution möglicherweise Schwierigkeiten entstehen, sollen nach den neueren Gesetzen (vgl. N. 7) die zur Zeit der Geltendmachung der Hypothek dem Grundstück zugeschrieben stehenden Pertinenzien dem Pfandrecht unterworfen sein.

[7]) Pr. Ldr. I. 20. § 470—474, Sächs. GB. § 410, Unger I. S. 446 f. — Preuß. G. § 30; § 32: „Werden nach Eintragung der Hypothek oder Grundschuld dem verpfändeten Grundstück andere Grundstücke als Zubehör zugeschrieben, so treten diese in die Pfandverbindlichkeit desselben; es gehen jedoch die mitübertragenen Posten des zugeschriebenen Stücks — so weit es sich um Befriedigung derselben aus diesem Stück handelt — den zur Zeit der Zuschreibung auf dem Hauptgut eingetragenen vor". — Regelsberger S. 336 f. — Ueber alveus derelictus und insula in flumine nata Exner S. 276 N. 17.

Ueber die Wirkung der Veräußerung einer Parzelle des Grundstücks vgl. N. 17 ff.

[8]) Sächs. GB. § 388, Unger I. S. 446 N. 30.

[9]) Baier. G. § 33: „Früchte, so lange sie noch nicht abgesondert oder bezogen sind", Sächs. GB. § 414, Weimar'sches Ges. § 85, Reyscher § 313 N. 3, v. Bar S. 97, v. Meibom S. 192 N. 19. — Nach Preuß. Ges. § 30: „die stehenden und hängenden Früchte; die auf dem Grundstück noch vorhandenen abgesonderten, dem Eigenthümer gehörigen Früchte". — Abweichend bestimmt das Preuß. Gesetz für Hannover v. 26. Mai 1873. § 15 (und ebenso auch andere für einzelne Provinzen erlassene Hypothekengesetze): „die dem Pächter zuwachsenden oder ihm gehörigen auf dem Grundstück noch vorhandenen Früchte haften nicht den am Grundstück dinglich Berechtigten". — Nach dem Bairischen G. § 5. al. 3 haben, wenn ein Nießbrauch am Grundstück bestellt ist, so

und ist die Veräußerung stehender oder hängender Früchte, soweit sie zum Nachtheil der Gläubiger gereicht, ohne Wirksamkeit[10]). Was die bereits abgesonderten Früchte angeht, so werden sie nach einigen Rechten durch die Absonderung von dem Pfandnexus frei[10a]), während nach andern sie demselben so lange unterworfen bleiben, als sie im Eigenthum des Grundeigenthümers und auf dem Grundstück sich befinden[10b]). In Betreff der Civilfrüchte gehen die Hypothekenordnungen weit auseinander[11]).

2. Wenngleich es keine Generalhypotheken geben soll, so ist es doch nach vielen Hypothekenordnungen zulässig, daß ebenso wie schon im Mittelalter eine Rente ungetrennt, conjunctim aus mehreren Häusern verkauft werden durfte[12]), so auch für dieselbe Forderung Hypotheken auf mehreren Grundstücken eingetragen werden, sog. Simultan- oder Correalhypotheken[13]). Nach andern Gesetzen sollen

---

lange derselbe währt, die nacheingetragenen Gläubiger kein Recht auf Befriedigung aus den Früchten.

[10]) Preuß. G. § 31, Entsch. d. Reichsg. V. no. 80.

[10a]) z. B. Baier. Ges. § 33, Hess. G. art. 51, v. Meibom S. 192.

[10b]) So nach Preuß. Gesetz, vgl. N. 1 b.

[11]) Nach dem Sächs. GB. § 415 erfolgt in Betreff der Civilfrüchte, welche an Stelle der natürlichen treten, je nach dem Zeitverhältniß beim Moment der Beantragung der Subhastation oder des Konkurses eine Theilung zwischen der hypothecirten Masse und dem übrigen Vermögen: für die bereits vergangene Periode des Zeitraums, für welchen die Zahlung zu erfolgen hat, wird die betreffende Quote dem übrigen Vermögen zugeschlagen, während die andere zum Hypothekenvermögen gehört. — Dagegen sind nach dem Großhzgl. Hessischen Ges. art. 54 die zur Zeit des Subhastationsdekrets oder des Konkurses rückständigen Civilfrüchte kein Gegenstand der Hypothek. — Nach dem Preuß. G. § 30 haften den Hypothekengläubigern auch „die Mieth- und Pachtzinsen und sonstigen Hebungen“ (Erk. d. RchsG. II. no. 66); nach § 31 soll die Vorauserhebung, Abtretung und Verpfändung derselben auf mehr als ein Vierteljahr keine Wirksamkeit den Gläubigern gegenüber haben; ähnlich Hessisches Ges. art. 55. — Vgl. auch Exner S. 277 ff., Regelsberger S. 348—350, Seuffert XXX. no. 125.

[12]) Vgl. Pauli Abhandlungen aus dem Lübischen Recht IV. S. 68 ff. Wegen der Unzuträglichkeiten, welche sich aus einer spätern Verpfändung des einen Grundstücks für seinen Mehrwerth ergeben konnten, wurde es Gebrauch, die Rente doch auf die mehreren Grundstücke zu vertheilen.

[13]) Vgl. darüber C. F. Arnold Prakt. Erörterungen no. 9. S. 163—234, Regelsberger S. 267—277, Siegmann S. 88 f., 118, 127 ff., 156 ff., Römer

keine Correalhypotheken begründet, sondern nur Theile der Forderung auf den Folien der verschiedenen Grundstücke eingetragen werden[14]). Verschieden von den Correalhypotheken sind die nach manchen Hypothekenordnungen zulässigen Verbandhypotheken, bei welchen die mehreren Grundstücke zu einem Komplex vereinigt werden, auf welchem die Hypothek eingetragen wird[15]).

Bei Correalhypotheken kann sich der Gläubiger für den ganzen Belauf seiner Forderung an jedes der mehreren Grundstücke halten; doch erlischt im Fall des Konkurses, soweit der Gläubiger aus den Kaufgeldern des einen Grundstücks Befriedigung gefunden hat, die Correalhypothek auf den mitverhafteten Grundstücken zum Vortheil der nachfolgenden Gläubiger[16]).

Ueber die Möglichkeit für einen Miteigenthümer an einer ideellen Quote eines Grundstücks eine Hypothek zu bestellen vgl. oben § 82. 4.

3. Die Hypothek lastet auf dem ganzen Grundstück. Werden

S. 221 ff., Exner S. 289 ff., weitere besonders gemeinrechtliche Literatur bei Windscheid § 241 N. 1.

[14]) So nach einzelnen Meckl. H. Ordnungen, v. Meibom S. 115 f.; nach dem Einf. G. z. Bayer. H. O. § 13 sollen sie wo möglich beseitigt werden. Hamb. G. v. 4. Dezember 1868. § 30: „eine gemeinschaftliche Beschwerung mehrerer nicht combinirter Grundstücke findet nur ausnahmsweise dann Statt, wenn dieselben schon jetzt gemeinschaftlich beschwert sind“. Vgl. auch Mascher S. 675. — Ueber den Fall, daß auf den verschiedenen Grundstücken nicht die ganze Forderung, sondern auf dem einen nur ein Theil der Forderung eingetragen ist, Exner S. 296 f.

[15]) Sächs. GB. § 388, v. Meibom S. 114 ff. Nach der revid. meckl. Stdtb. O. § 14 darf dies nur geschehen, wenn diese Grundstücke gar nicht oder nur gemeinsam belastet waren und das betreffende Verhältniß der Verbindung auf den Folien der mehreren Grundstücke vermerkt wird. — Nach dem Sächs. GB. § 422, 423 (vgl. auch Haubold § 190^{b} N. v. S. 245) können die Grundstücke, wenn auf ihnen bereits Hypotheken haften, nur mit Genehmigung der Gläubiger und nach einem Arrangement über die Priorität zusammengeschlagen werden.

[16]) Würt. Ges. v. 1825. § 98 ff., Preuß. Hyp. O. II. § 159 ff., Nov. z. Konkurs-O. v. 12. März 1869. art. I. § 56, Ges. v. 1872. § 42 (Erk. d. RhsG. III. no. 73), Oestr. G. v. 25. Juli 1871. § 15, 106—117. — Weitere Mittheilungen über die Art der Befriedigung bei v. Bar S. 115, v. Meibom S. 225 N. 34, Reyscher II. § 335, 336, Förster III. § 194 N. 102 ff., Dernburg § 330, Regelsberger S. 270 ff., 386; vgl. auch Grhzgl. Hess. G. art. 88, 116—118, 137. In Mecklenburg fehlt es an ausreichenden Bestimmungen, v. Meibom S. 225 f.

von ihm einzelne Theile abgetrennt oder wird es zerstückelt, so bleibt jeder Theil für die ganze Forderung verhaftet[17]) und der Gläubiger kann verlangen, daß wenn das Trennstück im Hypothekenbuch eine selbständige Existenz erhält, seine Hypothek auf dem Folium desselben, resp. wenn es zu einem andern Gut geschlagen wird, auf dessen Folium eingetragen werde[18]). Eine Entlastung des Theils kann nur mit Einwilligung der Gläubiger erfolgen[19]). Nach einzelnen Gesetzen gilt die vorbehaltlose Einwilligung der Gläubiger in die Abtrennung einer Parzelle als Verzicht auf das Pfandrecht am Trennstück[20]).

Abweichend vom gemeinen Recht[21]) kann der Gläubiger nach vielen Hypothekenordnungen der Theilung des Pfandobjekts widersprechen[22]), da ja möglicherweise in Folge derselben die mehreren Stücke zusammen nicht mehr den gleichen Werth repräsentiren, wie das ungetheilte Ganze[23]), außerdem aber auch für die Gläubiger die Beschwerde entsteht, mehrere Pfandschuldner verfolgen zu müssen. Doch treten nach verschiedenen Richtungen hin Erleichterungen der

---

[17]) Preuß. Ldr. I. 20. § 456, 468, Sächs. GB. § 420, v. Meibom S. 197 f., Regelsberger S. 338 f., Exner S. 299 f., Aargauer G. v. 22. Mai 1881 (Ztschr. f. schweiz. Recht XXII. S. 74).

[18]) Preuß. Ges. § 33: „Werden unbewegliche Zubehörstücke oder Theile des Grundstücks auf dem Blatt des bisherigen Haupt- oder Stammgutes abgeschrieben und auf ein anderes Blatt übertragen, so haften sie für die eingetragenen Belastungen des bisherigen Haupt- oder Stammgutes nur dann, wenn diese bei der Abschreibung auf das andere Blatt mit übertragen worden sind". Doch schreibt Grundbuch O. § 66—68 vor, daß im Falle der Trennung die Lasten und Schulden von Amtswegen zu übertragen sind.

[19]) Vgl. z. B. Oestr. G. v. 6. Febr. 1869. § 2—8, Exner S. 220 f.

[20]) Sächs. GB. § 420.

[21]) So z. B. auch nach früherem Hannover'schen Recht, v. Bar S. 100.

[22]) z. B. Weimar'sches G. v. 6. Mai 1839. § 139, Meckl. rev. Stdtb. O. § 10. — Dasselbe wie für Gutsparzellen gilt auch bei der Veräußerung von für das Grundstück eingetragenen Gerechtigkeiten, z. B. Meckl. rev. Stdtb. O. § 18. no. 2, Sächs. GB. § 419, Siegmann S. 78.

[23]) Nach der Neuvorpommern'schen H. O. § 129 kann bei einer erheblichen Abtrennung oder Zertheilung jeder Gläubiger volle Befriedigung auch schon vor der Verfallzeit fordern; eine Uebertragung der Schuld auf die einzelnen Theile braucht er sich nicht gefallen zu lassen und die Trennung oder Zertheilung soll nicht früher eintreten, als bis die vom Gläubiger geforderte Auszahlung erfolgt ist. — Baier. Ges. § 39.

Veräußerung ein, falls das Interesse der Gläubiger durch sie nicht leidet[24]).

Die meisten Hypothekenordnungen, welche zur Veräußerung von Parzellen die Genehmigung der Gläubiger fordern, gestatten sie auch ohne ihre Genehmigung, wenn die Behörde die Veräußerung als unschädlich für die Interessenten ansieht, und bestimmen, daß in diesem Fall das Trennstück entlastet auf den Erwerber übergehe[25]). Doch soll dann der Eigenthümer das erhaltene Kaufgeld in die Substanz des verpflichteten Guts oder zur Abstoßung prioritätisch eingetragener Kapitalposten verwenden[26]).

Ebenso lassen die Partikularrechte auch einen Tausch von einzelnen Parzellen ohne Genehmigung der Gläubiger zu, wenn nach dem Urtheil der Verwaltungsbehörde durch ihn die Sicherheit der Forderung nicht leidet[27]). In diesem Fall werden die veräußerten Stücke von der Verhaftung frei und die dagegen erworbenen von der Hypothek ergriffen.

Im Fall ein Grundstück ideell unter mehrere Eigenthümer getheilt wird, treten für die Gläubiger keine Aenderungen in ihrem

---

[24]) Das Zürich. GB. § 817 ff. enthält darüber sehr eingehende, absonderliche Grundsätze; vgl. auch v. Wyß Referat S. 69 f. — Regelsberger S. 340.

[25]) Preuß. Ges. v. 3. März 1850. § 1, 3, v. 27. Juni 1860. § 2, Grundb. O. § 71: „der Grundbuchrichter hat einzelne Theile oder Zubehörstücke des Grundstücks ohne Einwilligung der Lehns- oder Familien-Fideikommißberechtigten, der Hypotheken- und Grundschuldgläubiger oder anderer dinglich Berechtigter unbelastet abzuschreiben oder den Umtausch gegen andere Grundstücke zu vermerken, wenn die Unschädlichkeit der Veräußerung oder des Austausches für diese Berechtigten von der zuständigen Auseinandersetzungsbehörde oder bei landschaftlich beliehenen Grundstücken von der Kreditdirektion bezeugt wird". — Sächs. G. v. 1826 u. 1843 (Haubold § 190 N. f, 191^b N. q ff.), G. B. § 419, VO. v. 3. Aug. 1868. § 1 (Schmidt S. 272). — Schwarzb.-Sondersh. Gesetz v. 1857 bei Mascher S. 304. — Dagegen nicht nach Meckl. R., v. Meibom S. 199 N. 44.

[26]) z. B. Preuß. Ldr. I. 20. § 460—465, Preuß. G. v. 3. März 1850. § 3, 4 vgl. mit Ges. v. 2. März 1850. § 110, Regelsberger S. 341.

[27]) Preuß. Ldr. I. 20. § 456—459, Ges. v. 13. Apr. 1841. § 1, 4 u. die Citate in N. 25, 26; Oestr. G. v. 6. Febr. 1869. § 9—12; Regelsberger S. 340 f.

Recht ein, insbesondere sind für sie keine Simultanhypotheken anzunehmen[27a]).

4. Im Falle ein Grundstück oder Theile desselben nicht freiwillig veräußert, sondern durch Expropriation dem Eigenthümer genommen werden, erlöschen in Folge positiver Bestimmungen die Hypotheken mit Bezug auf das expropriirte Gut oder den expropriirten Theil; es wirkt hier das öffentliche Recht auf den Bestand der Privatrechte ein. Indessen tritt, gleichfalls in Folge positiver Bestimmungen, das dem Expropiirten gegebene Aequivalent entweder an die Stelle des hypothecirten Grundstücks oder es ist dasselbe zur Befriedigung der Gläubiger zu verwenden[28]).

Aehnliches gilt in dem Fall, daß bei Gemeinheitstheilungen, Separationen, Ablösungen, Zusammenlegungen, Grenzregulirungen und ähnlichen unter Vermittelung des Staats erfolgenden Veränderungen in dem Bestande der Grundstücke einzelne Theile des mit Hypotheken belasteten Guts in andere Hände übergehen oder mit dem Gut bisher verbundene, einen Vermögenswerth repräsentirende Realrechte aufgehoben werden. Auch hier werden die abgetrennten Parzellen pfandfrei, treten die neu erworbenen an ihre Stelle und können die Gläubiger, wenn ihr Schuldner Geld oder Werthpapiere erhielt, aus denselben Befriedigung fordern[29]).

[27a]) Exner S. 300 f.

[28]) Bair. G. v. 17. Nov. 1837 (Mascher S. 99), Preuß. G. v. 11. Juni 1874 § 46, v. Bar S. 99, v. Meibom S. 199, Pražák Enteignung in Oesterreich 1877 S. 142, 148, Exner S. 285 f.; andere Partikularrechte bei Grünhut Enteignungsrecht S. 139 f. — Das Pr. O. Trib. hatte am 14. Febr. 1853 (Entsch. XXIV. S. 403) entschieden, daß wenn der Expropriirte an Stelle des ihm enteigneten Grundstücks ein anderes erhält, auf dieses ipso jure alle Rechte und Lasten übergehen. — Ungerechtfertigt ist Grünhut's Ansicht (S. 136 ff.), daß sich der Hypothekengläubiger im Falle der Expropriation gefallen lassen müsse, daß der Schuldner ihm statt der Auszahlung eine Hypothek von gleicher Sicherheit gewähre.

[29]) Vgl. z. B. Preuß. Ldr. I. 20. § 458, Präj. d. O. Trib. v. 25. Jan. 1848 (Koch Commentar zu Ldr. I. 20. § 459: das vom Staat für Aufhebung des Mahlzwangs gegebene Entschädigungskapital tritt für die Realberechtigten an Stelle des aufgehobenen Mahlzwangsrechts), Ges. v. 17. März 1868. § 19, 20, Förster I. § 21 N. 39, § 22 a. E.; es sind daher die Gläubiger von der Abfindung solcher Rechte in Kenntniß zu setzen. — Hess. H. Ges. art. 59—63, Baier. Ges. § 38 (das Ablösungskapital soll nicht ohne Einwilligung der Hypo-

5. Wird dagegen ein verpfändetes Gebäude abgebrochen, so erstreckt sich die Hypothek nicht auf die Baumaterialien, welche dasselbe bildeten[30]).

6. Nach positiven Bestimmungen haften vielfach den Hypothekengläubigern auch die Versicherungsgelder, auf welche der Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks bei Feuer- oder Hagelschaden einen Anspruch hat[31]). Es ist dies ein zweckmäßiger Grundsatz, welcher aber nicht ohne weiteres aus der Natur der Sache gefolgert werden kann[32]). Denn indem der Eigenthümer sein Gebäude gegen Feuersgefahr, seine Feldfrüchte gegen Hagelschaden versichert, entsteht nur auf seiner Seite ein obligatorisches Verhältniß zur Versicherungsanstalt, aber kein Recht für die Gläubiger[33]), insbesondere kein

---

thekengläubiger gezahlt werden und diese können auch schon vor der Fälligkeit ihrer Forderung Befriedigung aus demselben verlangen), Weimar'sches Ges. § 122. — v. Bar S. 98 ff., Steinacker S. 412.

30) Dernburg I. § 187 N. 4, v. Meibom S. 193 N. 24; a. M. v. Bar S. 118.

31) Nach der Baier. H. O. § 41 ist der Eigenthümer auf Antrag seiner Gläubiger verpflichtet, der Brandversicherungsanstalt beizutreten, Regelsberger S. 367. — Nach der kurhess. Brandkassen-O. v. 27. April 1767. § 12, der VO. v. 31. März 1825 u. dem Nassauischen Pfandges. v. 1851. § 6 dürfen unversicherte Gebäude nicht mit Hypotheken belastet werden.

32) Direkt bestimmt z. B. die baier. H. O. § 76, daß die Gläubiger sich nicht an die Brandentschädigungsgelder halten dürfen, Roth B. II. S. 447 f., vgl. aber auch Regelsberger S. 166 N. 3, 352 ff.; Preuß. Praxis bei Malsz Ztschr. f. Versicherungsrecht II. S. 156 ff., 158 ff.; ebenso Oestr. Praxis in d. allg. Oestr. Ger.-Zeitung 1874. no. 16.

33) Indessen behaupten Einzelne, daß sich das Pfandrecht auch auf die Forderung erstrecke; dasselbe sei auf Aneignung des Werths des Pfandgegenstandes gerichtet; daher müsse ihm unterworfen bleiben, was vom Werth des Pfandobjekts übrig bleibt, also auch die Ersatzforderung des Eigenthümers bei Beschädigung der Sache, Windscheid § 248 N. 9, Lippmann in Ihering's Jahrbb. VII. S. 29 ff., über franzöſ. R. Scherer in Ihering's Jahrbb. XX. S. 80 ff.; vgl. dagegen Förster II. § 145 N. 88 ff. (2. Ausg.), Malsz in Goldschmidt's Ztschr. VIII. S. 384 ff., XIII. S. 433 ff., v. Meibom S. 194 und die dort angeführte Literatur. — Es läßt sich nicht behaupten, daß was dem Werth nach wirthschaftlich an die Stelle eines Objekts tritt, das rechtliche Schicksal desselben theilen muß. — Bei jener Annahme wird aber auch zu viel bewiesen, mehr, als zweckmäßig verlangt werden kann. Denn das Interesse der Gläubiger wird vollständig befriedigt, wenn der Eigenthümer die Gelder zum Wiederaufbau verwendet, und es ist nur eine rechtliche Bestimmung des Inhalts erforderlich,

pignus nominis; auch kann man in Betreff des Verhältnisses der Versicherungsforderung zur versicherten Sache nicht von einem Pertinenzverhältniß sprechen[34]). Indessen erscheint es als eine Forderung der Billigkeit und ist darum auch theils in den Reglements der Versicherungsanstalten, theils in den Hypothekenordnungen vielfach bestimmt, daß über die Versicherungsgelder eines abgebrannten Gebäudes, soweit sie nicht ganz oder theilweise zur Wiederherstellung des Gebäudes verwendet werden oder verwendet werden müssen[35]), der Besitzer des Grundstücks nicht willkürlich verfügen darf, sondern daß aus ihnen die Gläubiger ihre Befriedigung erhalten sollen[36]). Daher dürfe die Versicherungsanstalt, wenn sie durch den Eigenthümer oder den Schuldner von der Verpfändung Anzeige erhalten hat, die Gelder nur mit Zustimmung der Gläubiger an den Ver-

---

daß wenn er dies nicht thun will, die Gelder zur Befriedigung der Gläubiger zu verwenden seien.

[34]) Vgl. dagegen Koch zu Ldr. I. 2. § 76, Malss in Goldschmidt's Ztschr. VIII. S. 371—373. — Doch bestimmt § 92 des Sächs. G. v. 23. Aug. 1862 (das Immob.-Brandversicherungswesen betr.): „die Brandentschädigungsgelder folgen dem Grundstücke .... und dürfen, wenn nicht etwas anderes von der Brandversicherungs-Commission ausdrücklich genehmigt worden, nur zur Wiederherstellung der eingeäscherten oder beschädigten Versicherungsobjekte verwendet werden". — Daß bei Veräußerung des Grundstücks die Forderung auf die Versicherungsgelder mit übergehe, führt für das Preuß. R. aus Entsch. des R. O. H. Ger. V. S. 1 ff.; über Meckl. v. Meibom S. 212 N. 50.

[35]) Nach vielen Statuten der Versicherungsanstalten werden die Gelder nur zum Wiederaufbau gezahlt und dürfen nicht mit Arrest belegt oder zur Konkursmasse gezogen werden, vgl. z. B. die vorige Note und v. Meibom S. 195 N. 28, 29.

[36]) Ostpreuß. Feuer-Societäts-Regl. v. 30. Dez. 1837, Kur- u. Neumärk. Regl. v. 30. Mai 1800, Regl. f. d. Prov. Städte-Feuersoc. der Prov. Schlesien v. 6. Mai 1842. § 3 u. 1. Sept. 1852 (Koch zu Landr. I. 2. § 76, I. 16. § 3), Neuvorpommern'sche H. O. v. 1868. § 15, Preuß. Ges. v. 1872. § 30 (vgl. oben N. 1), Nachweise aus d. Preuß. u. gemeinrechtl. Praxis Förster I. § 22 N. 11, II. § 145 N. 88, 89 (2. Ausg.). — Hannov. G. v. 1864. § 18 (v. Bar S. 97 f.). — Hamb. G. v. 4. Dez. 1868. § 31 (Baumeister I. § 25 N. 12, 13). — Weimar'sches Ges. § 170, 173. — Sächs. Ges. v. 25. Aug. 1876. § 114 ff., 135, 144. — Elsaß-Lothr. G. v. 4. Juli 1881 (auch in Goldschm. Ztschr. XXVII. S. 472 ff.). — Oestr. Pr. bei Exner S. 286 (vgl. auch oben N. 32). — Erk. d. ROHGer. XVII. S. 66 ff. — Steinacker S. 308 N. 8. — Mascher S. 320 u. s. w.

sicherten auszahlen[37]), und sind Cessionen oder Verpfändungen der Versicherungsgelder zum Nachtheil der eingetragenen Gläubiger verboten und wirkungslos[38]). Die Gläubiger dürfen den Wiederaufbau und im Unterlassungsfall die Versteigerung der Brandstätte mit der Wirkung fordern, daß der Ersteher auch die Brandkassengelder erhält[39]). Will der Gläubiger das Gebäude auf einer andern, den Gläubigern nicht verhafteten area aufführen, so bedarf es deren Zustimmung[40]); eo ipso geht das Pfandrecht nicht von einer auf die andere area über[41]).

7. Durch die Verpfändung seines Grundstücks ist der Eigenthümer nicht an Dispositionen gehindert, welche sich in wirthschaftlichen Grenzen halten[42]) und den Werth der Sache nicht in der Weise beeinträchtigen, daß die Sicherheit der Gläubiger leidet. Bestimmungen, daß das Grundstück unveräußerlich sein solle (z. B. Errichtung zum Familienfideikommiß), sind, da sie das Wesen der Hypothek verletzen, für die bereits eingetragenen Gläubiger unverbindlich[42a]). Dagegen können die Gläubiger nicht verhindern, daß der Eigenthümer das Gut mit weitern Hypotheken beschwert[43]).

---

[37]) Hannov. G. v. 1864. § 18 (v. Bar S. 97), Grhrzgl. Hess. Ges. § 149 Abs. 2, Zürich. GB. § 806; anders nach Meckl. R., v. Meibom S. 196.

[38]) Hannov. G. v. 1864. § 18 (v. Bar S. 97), Neuvorp. H. O. v. 1868. § 15 („selbst wenn die Polize zum Pfande gegeben oder ein Retentionsrecht daran stattfände"), Preuß. Ges. v. 1872. § 31.

[39]) Entsch. d. RchsG. VII. no. 75. Großhrzgl. Hess. G. art. 149 Abs. 1, 3, Haubold § 215[b] N. p, Siegmann S. 134 f., Sächs. Ges. v. 1876 § 121, Sachs.-Weimar'sches G. v. 1839. § 170, 171, v. Meibom S. 195 N. 30, Steinacker S. 308 N. 8, Baier. Entw. art. 408.

[40]) Grhrzgl. Hess. G. art. 150, Haubold § 215[b] N. p, Sächs. Ges. v. 1876. § 115, v. Meibom S. 196.

[41]) Hagelversicherungsansprüche gehen partikulär auf die Konkursmasse über und werden bei Subhastationen auch den Gläubigern übertragen, v. Meibom S. 197; dagegen v. Bar S. 101, Regelsberger S. 354.

[42]) Preuß. Ed. z. Beförderung der Landeskultur v. 14. Septb. 1811. § 6: die Gläubiger dürfen einer veränderten Benutzung nicht widersprechen und müssen sich auch außerordentliche Holzverkäufe gefallen lassen, wenn solche Operationen erforderlich sind und die Kaufgelder entweder in die Substanz des Guts oder zur Tilgung vorstehender Hypotheken verwendet werden. — Exner S. 224 ff., Regelsberger S. 360 f.

[42a]) Regelsberger S. 363.

[43]) Der Vertrag, daß er das Gut nicht weiter belasten solle, ist ungültig,

Erhebliche Substanzverringerungen oder Deteriorationen, welche die Sicherheit gefährden, sollen nur mit Genehmigung der Gläubiger vorgenommen werden und berechtigen dieselben, wenn sie nicht zugezogen sind, Sicherheit oder Befriedigung vor der Verfallzeit zu fordern[44]). Ebenso wird partikulär ihre Genehmigung erfordert, wenn der Eigenthümer auf das Grundstück Lasten legt, welche bei der Veräußerung auf den Erwerber übergehen und den Verkaufswerth des Guts verringern, Real- oder Personalservituten, Renten[45]), sonstige Reallasten, Veräußerungsbeschränkungen u. s. w.[46]) Wo diese Beschränkung nicht gesetzlich besteht, sondern die Belastung auch ohne Genehmigung erfolgen darf, sind den Gläubigern gegenüber, wenn sie nicht etwa ausdrücklich ihren Consens ertheilt haben, derartige Belastungen ohne Wirksamkeit[47]) und können die voreingetragenen Hypothekarier im Falle der Subhastation des Grundstücks fordern, daß es ohne Rücksicht auf jene spätern Belastungen ausgeboten wird, wenn sie bei der Ausbietung mit den beteffenden Lasten

---

Preuß. Lbr. I. 20. § 439, Preuß. G. v. 1872. § 48, Oestr. GB. § 1371; nach dem Baier. H. G. § 44 ist er wirksam, wenn er im Hypothekenbuch eingetragen ist.

[44]) Preuß. Lbr. I. 20. § 441, Ges. v. 1872. § 50. — Oestr. G. B. § 458 (reicht durch Schuld des Pfandgebers oder wegen erst später offenbar gewordener Mängel der Werth der Pfandsache zur Deckung nicht mehr hin, so kann der Gläubiger ein anderes angemessenes Pfand fordern). — Baier. H. G. § 18, 45, Regelsberger S. 370 ff. — Grhrzgl. Hess. G. art. 80 (wenn der Eigenthümer den Werth um ein Viertel verringert). — Nassau'sches G. § 32. — Sächs. GB. § 377. — Unangemessen ist es, daß der Gläubiger nach mehreren angeführten Gesetzen dies Recht auch dann hat, wenn sich das Pfandobjekt ohne Schuld des Eigenthümers in seinem Werth verschlechtert; z. B. auch Römer S. 232. — Ueber die Frage, ob der Eigenthümer die zu Gunsten des verpfändeten Grundstücks bestehenden Prädialservituten aufheben darf, vgl. Exner S. 222 f., Regelsberger S. 351 f.

[45]) Roth B. II. § 177 N. 8, Baier. Entw. § 378, Regelsberger S. 363 f., v. Wyß Referat S. 61.

[46]) Haubold § 213 N. g, Sächs. GB. § 421, Müller Reallasten S. 45 ff., Meckl. H. O. f. Landgüter v. 1848. § 8. no. 2. — Persönliche und Realservituten dürfen auch ohne Einwilligung eingetragen werden, wenn sie die Sicherheit nicht beeinträchtigen; der Richter kann den verweigerten Consens suppliren, Baumeister I. S. 155 N. 26.

[47]) Sächs. GB. § 376, Neuvorp.'sche HO. v. 1868. § 25, Baumeister I. S. 153 ff.

keine völlige Befriedigung erlangen würden. So kann eine Subhastation unter Annahme doppelter Gebote erfolgen, je nachdem die spätern Lasten mit übergehen sollen oder nicht[48]).

II. Das Prinzip der Spezialität gilt nicht bloß in Rücksicht auf das Objekt, sondern auch auf die Geldsumme, für welche das Grundstück verhaftet sein soll[49]): es werden Pfandrechte nur für festbestimmte Geldsummen eingetragen.

1. Läßt sich der Betrag der Forderung noch nicht bestimmt ermitteln, oder ist es möglich, daß in Zukunft vielleicht gar keine Forderung bestehen wird (sog. Kautionshypothek, Sicherheitshypothek), so ist eine Maximalsumme, ein sog. Ultimatum einzutragen, über welches hinaus das Grundstück nicht verhaftet ist[50]). Die nachher kreditirenden Gläubiger sollen übersehen können, bis zu welcher Höhe im ungünstigsten Falle das Gut bereits belastet ist.

2. Sind für die eingetragene Kapitalsumme Zinsen zu entrichten, so haftet das Grundstück für die Zinsen nur soweit, als die Verbindlichkeit zu denselben eingetragen ist[51]), und gilt für die rückständig gebliebenen, noch nicht verjährten Zinsen dieselbe Priorität wie für die Kapitalforderung[52]). Wenn aber im Fall einer Zwangsversteigerung bei Vollbezahlung der rückständigen Zinsen nicht alle Hypothekengläubiger Befriedigung finden würden, kommt die Priorität des Kapitals nur den Rückständen aus einer gesetzlich bestimmten Zahl von Jahren zu[53]). Die Beschränkung besteht also nicht zu

---

[48]) Meckl. HO. f. Landgüter v. 1848. § 8. no. 3, Rev. Stdtb. O. § 35, v. Meibom S. 201 f. — Sächs. GB. § 519, 528, Müller Reallasten S. 46 f. — Baier. Einf. Ges. z. Hyp. Gesetz § 7; baier. Entw. art. 383. — Preuß. Ges. § 47. — Baumeister I. S. 215 f. — Kasseler O. A. Ger. 1823 bei Pfeiffer prakt. Ausführungen IV. S. 232 f. u. s. w.

[49]) v. Meibom S. 42 N. 1 erklärt sich gegen die Verwendung des Terminus Spezialität in dieser Beziehung.

[50]) Regelsberger in s. Studien I. die Sicherheitshypothek S. 1—70, bayer. H. R. S. 187 ff., vgl. auch S. 358 V. — Preuß. G. § 23, 24 (Dernburg § 332). — Meckl. Stdtb. O. § 13. no. 2 (v. Meibom S. 129 ff.), u. s. w.

[51]) Preuß. G. § 23: die Eintragsbewilligung soll angeben „den Zinssatz oder die Bemerkung der Zinslosigkeit, den Anfangstag der Verzinsung und die Bedingungen der Rückzahlung“; Sächs. G. B. § 416. — v. Meibom S. 131 f.

[52]) z. B. Preuß. Ldr. I. 20. § 164, 482, Konk. O. v. 1855. § 31, Preuß. G. § 30 u. s. w.

[53]) Die älteste mir bekannte derartige Vorschrift findet sich in einer Rechts-

Gunsten des Schuldners resp. Eigenthümers, sondern zum Vortheil der nachstehenden hypothekarischen Gläubiger. Diese Rückstände können auch gegen den dritten Erwerber des Grundstücks geltend gemacht werden, während er für weitere nur haftet, wenn er zugleich persönlicher Schuldner ist[54].

3. War ein Posten ohne Zinsverbindlichkeit eingetragen, so hat die spätere Eintragung derselben, da sie die Stellung der nachfolgenden Gläubiger verschlechtert, den in der Zwischenzeit eingetragenen Gläubigern gegenüber an sich keine Wirkung, und dasselbe gilt auch, wenn der Hypothekenzinsfuß erhöht wird. In Anbetracht jedoch davon, daß doch nur in unerheblichem Maße sich ihre Sicherheit verringert, ist in Partikularrechten öfter bestimmt, daß auch ohne ihre Genehmigung Zinsen bis zu einer bestimmten Höhe nachträglich eingetragen werden dürfen[55].

4. Denselben Rang mit der eingetragenen Forderung haben partikularrechtlich auch gesetzliche und Verzugszinsen[56].

---

quelle von Pfeffers aus d. 16. Jahrh. (Grimm Weisth. VI. S. 374 f.), wonach das Kapital in Gemeinschaft mit drei rückständigen Zinsterminen ausgezahlt wird. Vgl. auch Nachweisungen bei Koch zu Lbr. I. 20. § 482.

Zweijährige Rückstände nach preuß. Recht, Förster III. § 199 N. 32 (vgl. auch Preuß. Ges. f. Kurh. v. 29. Mai 1873), Baier. Ges. § 42, Hamb. G. v. 4. Dez. 1868. § 38 (Baumeister I. S. 179 f.), Weimar'schem Ges. § 93, Würt. G. v. 1825. § 54; ferner Weigel S. 37, v. Stemann II. S. 392, Paulsen S. 134, Mascher S. 256, 318. — Sechsjährige Rückstände: Trierer Lbr. XIII. § 26. — Dreijährige Rückstände: Sächs. GB. § 417 (Haubold § 214 N. h), Nassau'sches Ges. § 30, Oestr. Ges. § 17 (Exner S. 266 ff.), Zür. GB. § 779, v. Bar S. 63. — Ein und einhalbjährige resp. zweijährige Rückstände Meckl. HO. f. Landgüter § 32, Stdtb. O. § 34, 44 (v. Meibom S. 41, 271 N. 7). — Ueber schweizer. Bestimmungen v. Wyß Referat S. 266 ff.

[54]) Baier. Ges. § 42, 43.

[55]) Bis zu 5 Procent: Preuß. Hyp. Novelle v. 1853. II. § 30, Preuß. Ges. v. 1872. § 25. — v. Meibom S. 131 f., Mascher S. 256. — Anderwärts bedarf es für die nicht vorbehaltene Zinsverbindlichkeit einer neuen Eintragung, welche den in der Zwischenzeit eingetragenen Posten nachsteht, Nassauisches Ges. § 9, Grhrzgl. Hess. G. § 73, v. Bar S. 62, Baier. Entw. art. 395. — Nach Weimar'schem Gesetz § 93 soll eine Zinserhöhung ohne Widerspruchsrecht nachstehender Gläubiger eintreten dürfen.

[56]) Pufendorf obs. I. 13, Haubold § 212 N. k, Sächs. GB. § 416, v. Meibom S. 163, auch die Prozeß- und Exekutionskosten nach Oestr. Ges. § 16 (Exner S. 269 ff.), Regelsberger S. 354 ff. — Doch gehen in dieser Be-

§ 113. Das Recht und die Verpflichtung aus der Hypothek.

I. Der Hypothekengläubiger hat gegen den Eigenthümer des Grundstücks das Recht auf Zahlung resp. Verzinsung der eingetragenen Summe. Er legitimirt sich als Gläubiger durch Berufung auf seine Eintragung im Grundbuch resp. durch den Hypothekenschein[1]). Macht er eine Cautionshypothek geltend, so hat er überdies zu erweisen, daß besondere Thatsachen vorliegen, welche ihn zu der Forderung berechtigen (z. B. daß der Baumeister, welcher sie bestellte, einen Schaden zu ersetzen hat), um den Umfang des Schadens innerhalb der eingetragenen Maximalsumme zu liquidiren.

1. Das Recht ist gegen den Eigenthümer des Grundstücks gerichtet[1a]); mit dessen Veräußerung geht die hypothekarische Verpflichtung sofort auf den neuen Eigenthümer über[2]). Selbst wenn das Grundstück während des Prozesses auf einen andern Eigenthümer übergeht, kann die angestrengte Klage ohne Unterbrechung gegen den Erwerber fortgesetzt[3]) und gegen ihn der Antrag auf Subhastation

---

ziehung die Gesetze sehr auseinander. Nach Preuß. Ges. § 30 (vgl. auch Ldr. I. 20. § 483, Förster Grundbuchrecht S. 161 f.) haftet das Grundstück „für das eingetragene Kapital, für die eingetragenen Zinsen und sonstigen Jahreszahlungen und für die Kosten der Eintragung, der Kündigung, der Klage und Beitreibung", aber nicht für gesetzliche und Verzugszinsen. Vgl. auch Baier. G. § 43.

[1]) Vgl. das genauere unten II.

[1a]) Regelsberger S. 379 f. — Um von dem Eigenthümer das Kapital zu fordern, genügt die Kündigung desselben an den persönlichen Schuldner, S. 383.

[2]) Im Fall einer Veräußerung ist die Eintragung des neuen Eigenthümers den im Hypothekenbuch eingetragenen Gläubigern bekannt zu machen, Preuß. Instr. v. 13. Juni 1835. § 5, Grundb. O. § 57.

[3]) Meckl. Rev. Stdtb. O. § 31: „Das Verfahren wird bei den Klagen aus Hypothekenscheinen nicht gehemmt .... dadurch, daß im Laufe des Processes das belastete Grundstück von dem Beklagten auf einen andern Eigenthümer übergegangen ist; es kann vielmehr wider den letzteren eine bereits angestellte Klage wegen der Hauptforderung und der Nebenforderungen, so weit letztere ein dingliches Recht haben, ohne Unterbrechung fortgesetzt werden"; Meckl. H. O. f. Landgüter § 30, v. Meibom S. 182. — Nach Oesterr. Recht kann die Exekution gegen den neuen Erwerber erstreckt oder der Prozeß gegen ihn fortgesetzt werden nur dann, wenn die Klage vor der Veräußerung im Grundbuch angemerkt war, Exner S. 240 f.

gestellt werden[4]). Ebenso wirkt die gegen den Eigenthümer erklärte Kündigung des Kapitals, wenn das Grundstück darauf veräußert wird, auch gegen den Erwerber, welcher seine Verbindlichkeit zur Zahlung nicht von einer erneuerten, an ihn gerichteten Kündigung abhängig machen darf[4a]).

2. Der neue Erwerber haftet dem Gläubiger nicht wie nach römischem Recht bloß in subsidium, wenn der ursprüngliche Schuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllt oder nicht erfüllen kann, sondern kann bei Fälligkeit der Forderung sofort in Anspruch genommen werden und darf den Gläubiger nicht mit der exceptio excussionis an seinen persönlichen Schuldner verweisen[5]).

3. An sich haftet der neue Erwerber nur mit dem Grundstück, nicht über den Werth desselben hinaus. Hat er aber zugleich die persönliche Verpflichtung des Veräußerers übernommen[5a]), insbesondere — was das gewöhnliche ist — die auf dem Grundstück haftenden Hypotheken in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen, so ist er in Folge dieser Uebernahme mit seinem ganzen Vermögen obligirt.

In Betreff der Frage, ob der zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber in dieser Beziehung abgeschlossene Vertrag direkt zu Gunsten des Gläubigers wirkt oder nicht, weichen die Partikularrechte unter einander ab. Nach einzelnen kann der Gläubiger, auch ohne dem Uebernahmevertrage beigetreten zu sein, den Uebernehmer sofort mit der persönlichen Klage belangen[6]), nach andern nur wenn

---

[4]) Preuß. G. § 44: „der Antrag auf Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung ist auch dann zulässig, wenn seit der Zustellung der Klage ein Wechsel in der Person des Eigenthümers des Grundstücks eingetreten ist".

[4a]) Regelsberger S. 384, Seuffert XXXI. no. 317. — Nach Oesterr. R. nur, wenn die Kündigung im Grundbuch eingetragen ist, Exner S. 242.

[5]) Die Exceptio excussionis, welche schon in der Zeit der Reception vielfach aufgehoben wurde (vgl. oben § 108 N. 7), ist in allen neueren Hypothekenordnungen beseitigt, z. B. Pr. Ldr. I. 20. § 494, Sächs. GB. § 425—428, Baier. HO. § 49, Gothaisches G. v. 6. Aug. 1869. art. 2, Hannov. H. O. v. 1864. § 41, Meckl. H. O. f. Landg. § 29, Stdtb. O. § 30 u. s. w.; zuletzt Schaumburg-Lippesches G. v. 23. Apr. 1880.

[5a]) Exner S. 229 N. 8.

[6]) Grhzgl. Heff. Ges. art. 134. al. 3: „persönlich haftbar wird er aber dadurch, daß er die Bezahlung der Schuld dem Pfandgläubiger oder auch nur dem persönlich Verhafteten gegenüber übernommen hat". — Preuß. G. art. 41: „Hat der Erwerber eines Grundstücks die auf demselben haftende Hypothek in An-

er dem Uebernahmevertrage beigetreten ist[7]) oder der Veräußerer ihm sein Recht aus diesem Vertrage abgetreten hat[8]). Nach einigen Gesetzen geht aber die persönliche Verpflichtung, d. h. die Verpflichtung mit dem übrigen Vermögen für die eingetragenen Summen zu haften, sofort auch ohne Uebernahme auf den Erwerber des Grundstücks über[9]).

4. Durch die Veräußerung des Grundstücks wird der bisher

---

rechnung auf das Kaufgeld übernommen, so erlangt der Gläubiger gegen den Erwerber die persönliche Klage, auch wenn er dem Uebernahme-Vertrag nicht beigetreten ist". Vgl. auch Entsch. d. RchsG. VII. no. 41 und über die Klage auch Delbrück die Uebernahme fremder Schulden 1853 S. 97 ff. — Nach neuerem Preuß. R. haftet der Uebernehmer dem Gläubiger auch ohne seinen Beitritt selbst in dem Fall, daß zwischen dem ursprünglichen Schuldner und dem Uebernehmer ein neuer, dies Rechtsverhältniß aufhebender Vertrag geschlossen wird, Erk. des RchsG. I. no. 48.

[7]) Sächs. G. B. § 432: „Hat der Eigenthümer eines Grundstücks bei dessen Erwerbung gegen den Veräußerer die hypothekarische Schuld in Aufrechnung auf die Kaufgelder übernommen oder sich ohne nähere Bestimmung zu deren Bezahlung verpflichtet, so ist er dem hypothekarischen Gläubiger, sobald derselbe einem solchen Uebereinkommen beigetreten ist, persönlich verpflichtet". — Seuffert XVIII. no. 128, XIX. no. 135 (Celle). — Vgl. auch v. Wyß Referat S. 67 f.

[8]) Preuß. Dekl. v. 21. März 1835 zum Pr. Lbr. I. 20. § 54: eine persönliche Verbindlichkeit entstehe nicht durch Zahlung von Zinsen oder von einem Theil des Kaufgeldes; aber der Veräußerer sei befugt, dem Gläubiger seinen Anspruch aus dem Versprechen des Käufers abzutreten; Präj. v. 13. Okt. 1837 (Koch zu I. 20. § 54): der Gläubiger könne gegen den Uebernehmer klagen, wenn der Verkäufer ihm sein Recht aus dem Expromissionsvertrage übertragen habe oder wenn eine gerichtliche Ueberweisung des Rechts erfolgt sei.

[9]) Lüb. VO. v. 25. März 1848. § 1, 4. — Hamb. Ges. v. 4. Dez. 1868. § 33 (über das übereinstimmende frühere Hamb. R. Baumeister I. S. 182): „Jeder in die Hypothekenbücher eingetragene Capitalposten begründet — bis zum Beweise einer entgegenstehenden Verabredung — auch die persönliche und verzinsliche Schuldverbindlichkeit des Grundeigenthümers gegen die Hypothekengläubiger"; § 34: „die persönliche Verbindlichkeit geht auf jeden spätern Eigenthümer des belasteten Grundstücks durch dessen Zuschreibung an ihn von selbst über"; Delbrück in d. Ztschr. f. deutsch. R. XV. S. 129, 138 ff. — Mehrere Schweizer Partikularrechte, vgl. v. Wyß Zeitschr. f. schweiz. R. IX. S. 57 f. — Statuten des Berl. Pfandbr. Instituts v. 8. Mai 1868. § 5. no. 6: „die persönliche Verbindlichkeit aus dem Darlehnsvertrage muß von jedem Besitzer des Grundstücks sofort beim Erwerbe desselben in einer gerichtlichen oder notariellen Urkunde übernommen werden".

persönlich Obligirte an sich nicht frei[10]), auch nicht wenn der Erwerber, sei es in Folge gesetzlicher Bestimmung oder in einem besondern Vertrage mit dem Veräußerer die Verbindlichkeit übernommen hat. Vielmehr bedarf es einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Entlassung von seiner Verbindlichkeit[11]). Darüber, ob eine Entlassung darin zu sehen sei, daß der Gläubiger von dem neuen Erwerber Zinszahlungen der Hypothekenschuld ohne Vorbehalt annimmt, gehen die Ansichten und die Partikularrechte auseinander[12]).

Nach manchen Rechten haftet aber der Veräußerer, wenn der Erwerber die Hypothek übernahm, nur noch kurze Zeit hindurch[13]);

[10]) Eine singuläre Bestimmung enthält das sächs. Recht (vgl. auch Haubold § 213 N. p), indem das Ges. B. § 432 in der N. 7 angeführten Gesetzesstelle fortfährt: „diese Verpflichtung fällt aber weg, wenn er das Grundstück veräußert, ausgenommen, wenn der Gläubiger vor der Veräußerung die persönliche Klage gegen ihn bei Gericht angebracht und den Rechtsstreit nicht über drei Monate liegen gelassen hat. Die persönliche Verpflichtung des Eigenthümers zur Bezahlung der während seines Eigenthums fällig gewordenen Zinsen von Forderungen, in Bezug auf welche er sich in der angegebenen Weise persönlich verpflichtet hat, dauert nach der Veräußerung des Grundstücks fort". Schwarzb.-Sondersh. G. v. 20. Juli 1857. § 86. — An sich liegt kein Grund vor, den Uebernehmer der persönlichen Schuld im Falle der Veräußerung anders zu behandeln, als den ursprünglichen Schuldner; vgl. auch Roth B. II. § 195 N. 19.

[11]) z. B. Hamb. G. v. 4. Dez. 1868. § 34 (Forts. von N. 9): „der frühere Eigenthümer wird aber nur dann davon befreit, wenn der Gläubiger ihn ausdrücklich seiner Verpflichtung entläßt oder den Nachfolger als seinen Schuldner anerkennt". Auch Delbrück in d. Ztschr. f. deutsch. R. XV. S. 142. — Regelsberger S. 459 ff.

[12]) Es liege darin eine Entlassung, bestimmt das angef. Hamb. Ges. § 34 (Baumeister I. S. 182 N. 31); sie liege nicht darin, Lüb. Ges. v. 25. März 1848. § 7, Delbrück Uebernahme S. 57 f., Bähr in Ihering's Jahrbb. VI. S. 180, Gürgens daselbst VIII. S. 277. — Das Hamb. Ges. § 34 findet auch darin eine Entlassung, daß der Gläubiger dem neuen Eigenthümer den Posten ohne Vorbehalt kündigt.

[13]) Preuß. G. v. 1872. § 41: — „der Veräußerer wird von seiner persönlichen Verbindlichkeit frei, wenn der Gläubiger nicht innerhalb eines Jahres, nachdem ihm der Veräußerer die Schuld-Uebernahme bekannt gemacht, die Hypothek dem Eigenthümer des Grundstücks gekündigt und binnen sechs Monaten nach der Fälligkeit eingeklagt hat. (Erk. d. RchsG. V. no. 88.) Ist das Kündigungsrecht für eine bestimmte Zeit ausgeschlossen oder an den Eintritt eines bestimmten Ereignisses geknüpft, so beginnt die Frist mit Ablauf der Zeit oder

nach andern wird er sogar durch die Veräußerung unmittelbar frei[14]).

5. Ist der Eigenthümer zugleich persönlicher Schuldner, so kann der Gläubiger nach seiner Wahl ihn mit der persönlichen oder mit der Pfandklage belangen[15]). Ist er aber nicht persönlich verpflichtet, so steht es in der Wahl des Gläubigers, ob er sich mit der persönlichen Klage an seinen Schuldner oder mit der Pfandklage an den Eigenthümer des Grundstücks hält.

II. Der Hypothekengläubiger kann seine Forderung, soweit nicht ihre Unabtretbarkeit auf besondern Gründen beruht[16]), durch Cession auf einen andern Gläubiger übertragen; durch die Cession wird sowohl das Forderungsrecht als die Hypothek abgetreten; wogegen Grundschulden wegen ihrer größern Selbständigkeit auch unabhängig

---

Eintritt des Ereignisses"; Förster Grundbuchrecht S. 150 ff., 155 ff. (es gilt dies nur für Hypotheken, nicht für Grundschulden, weil bei diesen die Uebernahme der persönlichen Verbindlichkeit nicht anzunehmen ist, Förster S. 158); so auch nach einzelnen schweizer. Rechten, v. Wyß Zeitschr. f. schweiz. R. IX. S. 58.

14) Lüb. VO. v. 25. März 1848. § 4, die persönliche Verpflichtung gehe „unter Befreiung des früheren Eigners" auf den neuen Erwerber über, und nur ausnahmsweise (§ 5) könne bei Erfüllung gewisser Kautelen der Gläubiger sich noch später an den früheren Eigenthümer halten. — Nach den Statuten der Kreditverbände für die Provinz Sachsen 1864 und für die Lausitz 1865 hört die Verpflichtung des Veräußerers auf, wenn der Erwerber dem Verbande beigetreten ist und die persönliche Verbindlichkeit gerichtlich oder notariell übernommen hat, Lette das landwirthschaftl. Credit- u. Hypothekenwesen S. 34; Statt. des Berl. Pfandbrief-Instituts v. 8. Mai 1868. § 6.

15) z. B. Lüb. VO. v. 25. März 1848. § 2, Regelsberger S. 384 ff., Exner S. 256 f. — Anders nach dem angef. Hamb. Ges. § 33: der Gläubiger kann „in Betreff des Kapitals diese Verbindlichkeit gegen die Person und das übrige Vermögen des Schuldners und zwar ohne daß es einer Loskündigung bedarf, erst dann geltend machen, wenn und insoweit seine Forderung nicht bei einer Zwangsversteigerung des Grundstücks . . . . gedeckt . . . ist"; vgl. auch Baumeister I. S. 236 N. 4.

16) Es kann durch richterliches Inhibitorium eine solche Beschränkung erfolgt (z. B. die Forderung ist bezahlt, aber noch nicht gelöscht; der Schuldner will sich gegen ihre künftige Cession sichern), oder vertragsmäßig die Unabtretbarkeit verabredet sein. Dritten gegenüber wirkt eine solche Beschränkung nur, wenn sie im Grundbuch eingetragen ist. — Kautionshypotheken können nur cedirt werden, wenn zugleich das Rechtsverhältniß, dessentwegen die Kaution bestellt war, auf den Cessionar übergeht, Siegmann S. 105 ff., Regelsberger Studien S. 26 ff., Hyp. R. S. 427 f.

von dem unterliegenden Forderungsrecht cedirt werden können, in welchem Falle dann dieses Forderungsrecht erlischt[17]).

1. In vollster, dem Publicitätsprincip entsprechender Weise erfolgt die Uebertragung der Forderung dadurch, daß im Hypothekenbuch neben dem betreffenden Posten der Uebergang auf den neuen Gläubiger eingetragen und diese Eintragung von der Grundbuchbehörde auf dem Hypothekenbrief vermerkt wird[18]). Eine solche Umschreibung erfolgt auf die Bewilligung des eingetragenen Gläubigers[19]) und unter Vorlegung des Originalhypothekeninstruments[20]), oder auf Grund seiner Verurtheilung zu einer derartigen Verwilligung oder auf Requisition einer Behörde; nach manchen Rechten kann auch der Cessionar die Umschreibung fordern, wenn er den Beweis der Cession erbringt, insbesondere den Hypothekenschein mit angehängtem Cessionsvermerk vorlegt[21]). Weder bedarf es einer Annahmeerklärung von Seiten des Cessionars, da er durch die Cession keine Pflichten zu übernehmen hat[22]), noch der Genehmigung des Eigenthümers[23]), wohl aber ist letzterer ex officio von der geschehenen Cession zu benachrichtigen.

---

[17]) Preuß. G. § 52: „die Hypothek kann nur gemeinsam mit dem persönlichen Recht abgetreten werden. Wird eine zur Sicherung eines persönlichen Rechts dienende Grundschuld ohne den persönlichen Anspruch abgetreten, so erlischt letzterer"; Dernburg I. § 325. 4, Entsch. d. ROHGer. XXIII. S. 249 ff.; nach Baier. R. ist die Abtretung der Hypothek ohne die Forderung nichtig, Regelsberger S. 426. — Dasselbe wie für die Preuß. Grundschulden gilt auch für die Mecklenb. Hypotheken, vgl. Budde Rostocker Entscheidungen VIII (N. F. III) S. 57 ff., besonders S. 65 f.: der Gläubiger kann die Hypothek in Gemeinschaft mit seiner obligatorischen Forderung, aber auch ohne dieselbe abtreten. In letzterem Falle erlischt die obligatorische Forderung.

[18]) Preuß. Ges. v. 1872. § 53, Grundb. O. § 82. — Ueber das Verfahren, wenn die Forderung nur theilweise abgetreten wird, Grundb. O. § 83, v. Meibom S. 237.

[19]) z. B. Regelsberger S. 432. — Nach älterm Recht genügte sie nicht, sondern wurde eine Confirmation von Seiten des Gerichts erfordert, Haubold § 215ᵃ N. a, Heimbach § 206 N. 6. — In Betreff der Lehnshypotheken Gothaisches G. v. 28. Juni 1856.

[20]) Preuß. Grundb. O. § 79, Meckl. Stdtb. O. § 22.

[21]) Meckl. H. O. f. Landgüter § 18, Stdtb. O. § 22, Nassauisches G. § 26.

[22]) Preuß. Grundb. O. § 80.

[23]) Sie wird aber von einzelnen Meckl. H. OO. gefordert, v. Meibom S. 243.

2. Nach einzelnen Rechten geht die Forderung auf den Cessionar nur durch Umschreibung über[24]); ohne solche hat er weder ein Forderungsrecht gegen den Schuldner noch das Verfügungsrecht über die Forderung vor dem Grundbuchamt, sondern lediglich einen persönlichen Anspruch gegen den Cedenten, die Umschreibung eintreten zu lassen. Der Cessionar kann hier auch nicht im Konkurs die Hypothekenforderung geltend machen, resp. ihre nachträgliche Umschreibung fordern[25]).

3. Nach andern Rechten geht die Forderung auch ohne Einschreibung, ohne Publizität über und erscheint die Cession mit Abschließung des Cessionsvertrages als vollendet[26]). Das Publizitätsprincip fordert die Mitwirkung der Obrigkeit nur zur Entstehung der Hypothek, dagegen kann auch ohne sie das einmal gültig entstandene Recht übertragen werden. Regelmäßig wird der Cedent dem Cessionar zugleich den Hypothekenbrief mit einem Cessionsvermerk oder mit einer besondern Cessionsurkunde überliefern; doch ist auch dies für den Uebergang der Forderung nicht wesentlich, da

---

[24]) Nassauisches G. § 26. — Neuvorpommern'sche HO. v. 1868. § 88: „nur der eingetragene Cessionar ist zur Verfügung bei dem Grund- u. Hyp.-Buche berechtigt; nur an ihn kann der Schuldner mit Sicherheit zahlen, nachdem ihm die Eintragung durch das Hyp.-Amt bekannt gemacht worden". — Sächs. G. B. § 438. — Grhrzgl. Hess. H. O. v. 1858. art. 92, 93 (der Schuldner, welcher von der Cession Nachricht erhalten hat, darf nicht mehr an den Cedenten zahlen; aber zur Zahlung an den Cessionar ist er erst nach Eintragung desselben verpflichtet). — Ob die Baier. H. O. auch in diese Kategorie gehört, wie Roth § 192. S. 454 annimmt, ist mir zweifelhaft; auch erkennt Roth selbst S. 455 an, daß der Schuldner auch vor der Eintragung nicht mehr an den Cedenten zahlen darf, wenn er Kenntniß von der Cession erhalten hat; vgl. auch Regelsberger S. 430 f. — Für Oestreich besteht eine Controverse; für den obigen Satz Strohal in Grünhut's Ztschr. IX. S. 659 ff.; mehrfach abweichender Ansicht Exner S. 378 ff.

[25]) Schmidt I. S. 285, Strohal a. a. O. S. 661 f.

[26]) Preuß. H. O. v. 1783. II. § 210, Preuß. G. v. 1872. § 54 („der Erwerb der Hypothek oder Grundschuld durch Abtretung und die Wirksamkeit der Verpfändung derselben hängt nicht von der Eintragung ab"). Dagegen bedarf es nach dem Erk. des Reichs-Ger. III. no. 88 zur Cession einer Preuß. Grundschuld noch der Uebergabe des Grundschuldbriefs. — Meckl. R. vgl. v. Meibom S. 237 ff.; doch wird es hier zum Theil bei Strafe geboten, daß die Cessionen eingetragen werden, S. 240 f. — Ueber Baiern N. 24.

auch ohne Ausfertigung eines Hypothekenbriefs eine Hypothek bestellt werden kann[27]).

Durch die Cession begiebt sich der Gläubiger seiner Forderung nicht bloß gegenüber dem Cessionar, sondern verliert auch die Disposition über dieselbe. Hat er — was der Regel nach der Fall sein wird — dem Cessionar den Hypothekenschein übergeben, so ist er außer Stande, das Recht des Cessionars zu beeinträchtigen; denn es bedarf der Vorlegung dieses Scheins, um eine Cession eintragen zu lassen[28]), um Zahlung zu fordern oder in Empfang zu nehmen, und andererseits zahlt der Schuldner gegen den Hypothekenschein rechtsgültig auch an den nicht eingetragenen Cessionar[29]). Dagegen zahlt der Grundeigenthümer, so lange er keine Nachricht von der Cession erhalten hat, mit voller Wirkung Zinsen an den Cedenten.

Soll, nachdem die Hypothek mehrmals ohne Eintragung cedirt worden ist, einmal wieder ein neuer Gläubiger eingetragen werden, so brauchen nicht alle Zwischenpersonen im Hypothekenbuch aufgeführt zu werden, sondern genügt es, wenn dem Grundbuchamt der Nachweis über die zwischenliegenden Cessionen geführt wird[30]).

4. Die Cession der Hypothek kann nach den meisten Hypothekenordnungen nur auf einen benannten Gläubiger erfolgen, in einigen[31]) ist auch eine Blanko-Abtretung zulässig, indem auf dem Dokument kein Name eines Cessionars eingetragen, sondern die Stelle leer gelassen wird[32]). Dann entsteht ein Inhaberpapier,

---

[27]) Vgl. oben § 111 N. 18.

[28]) Preuß. Grundb. O. § 79, v. Meibom S. 242.

[29]) Meckl. H. O. f. Landgüter § 27. no. 3, 4, Stdtb. O. § 38. no. 3, 4.

[30]) Preuß. Grundb. O. § 81, v. Meibom S. 241, Exner S. 385 ff.

[31]) Preuß. Ges. § 55: „Grundschulden [nicht Hypotheken] können ohne Nennung des Erwerbers abgetreten werden (Blanko-Abtretung). Jeder Inhaber erlangt dadurch das Recht, die Blanko-Abtretung durch einen Namen auszufüllen, die Grundschuld auch ohne diese Ausfüllung abzutreten und die dingliche Klage anzustellen". — In Mecklenburg auf Grund von Gewohnheitsrecht zulässig, v. Meibom S. 238 ff. — Regelsberger S. 438 f. nimmt für das Baier. R. an, daß mit Genehmigung des Schuldners der Gläubiger die Hypothekenforderung an den Inhaber oder in blanco cediren dürfe.

[32]) Im Hypothekenbuch kann aber die Blanko-Cession nicht eingetragen werden; Preuß. Grundb. O. § 80: „die Abtretungserklärung muß den Namen des einzutragenden Erwerbers enthalten"; v. Meibom S. 244.

dessen Forderung durch einfache Uebergabe des Papiers übertragen wird[33]). Der Inhaber kann, ohne Nachweis des Erwerbs von dem letztgenannten Blanko-Cedenten, die Forderung aus dem Instrument geltend machen[34]) und die leere Stelle durch einen Namen (seinen eignen oder den seines Cessionars) ausfüllen[34a]).

5. Die Hypothek kann auch dem Eigenthümer cedirt werden[35]); insbesondere kann nach Partikularrechten der Eigenthümer, welcher die Schuld bezahlt hat, von dem Gläubiger die Cession der Forderung oder, wenn er die Post einfach ohne Cession bezahlte, die Umschreibung im Hypothekenbuch auf seinen Namen verlangen[36]). Während nach gemeinem Recht[37]) die Forderung durch Zahlung er-

---

[33]) Dies ist jedenfalls für das Preuß. Recht der Fall; vgl. auch Dernburg I. § 326, Achilles zu § 55 (3. Aufl. S. 291 ff.). — In Mecklenburg geht man wohl nicht so weit, vgl. die Entscheidungen des Rost. O. A. Ger. bei Budde Entscheidungen VIII. S. 136, Seuffert XXII. no. 226—228, v. Meibom S. 239 f., Sohm in d. Ztschr. f. Handelsr. XVII. S. 70 f.: „so lange die Urkunde in blanco existirt, ist nicht cedirt, . . ist der Cedent Gläubiger. Die Blanko-Cession ist eine unfertige Cession, . . bringt zunächst eine Cessionsofferte, nicht einen Cessionsvertrag zu Stande“, Entsch. d. ROHGer. XIX. S. 388, d. RchsGer. IV. no. 51. — Am ausführlichsten ist die Frage über das Blanko-Indossament — mit von meiner Ansicht abweichendem Resultat — behandelt worden von Pappenheim Begriff und Arten der Inhaberpapiere. Berl. 1881 S. 71 ff. — Für die obige Ansicht auch Thöl Wechselrecht § 127 N. 14, Regelsberger S. 438 ff. Vgl. auch die folgende Note.

[34]) Diese in dem Preuß. Ges. (N. 33) angegebene Wirkung der Blanko-Cession läßt sich nicht erklären, wenn man sie nur für eine unfertige Cession ansieht.

[34a]) Man kann allerdings sagen, es habe das Blanko-Papier die Tendenz zum Namen-Papier zu werden; aber so lange die Ausfüllung der leeren Stelle nicht erfolgte, ist es doch ein Inhaberpapier.

[35]) Dies ist natürlich nach denjenigen Rechten zuläßig, welche von vorne herein den Eigenthümer als Gläubiger eintragen lassen (§ 114 N. 26), aber auch nach andern, vgl. N. 36.

[36]) Haubold § 215[b] N. e—g, Sächs. H. O. § 116—118, Sächs. G. B. § 442, 43, Siegmann S. 118 ff. — Preuß. Ldr. Anh. § 52 zu I. 16. § 482 (und Koch in s. Comment. zu dieser Stelle), Preuß. G. § 64—66. — Meckl. H. O. f. Landg. § 16, 17, Stdtb. O. § 21, v. Meibom S. 232. — Delbrück Uebernahme S. 62 ff., v. Ihering in s. Jahrbb. X. S. 456 ff.

[37]) Diesen Standpunkt nimmt ein das Oesterr. R. (Exner S. 407, 654 ff.), das Sachs.-Weimar'sche G. v. 1839 (Mascher S. 260), das baierische Recht Regelsberger S. 282, vgl. aber auch S. 387 ff. — Das Züricher G. B. § 851

lischt und der Erwerb der Forderung von Seiten des Schuldners durch Vermittlung der Cession dieselbe gleichfalls zerstört, soll diese Folge nach neuerem Hypothekenrecht nicht eintreten, sondern der Schuldner selbst Gläubiger werden und den Posten von neuem cediren dürfen[38]). Es gilt die Forderung, so lange sie ungelöscht im Hypothekenbuch steht, als weiter existirend und es ist nur ihre Geltendmachung ausgeschlossen, bis sie der Eigenthümer auf eine andere Person überträgt. Indem der Schuldner sich die Hypothek cediren und sie im Hypothekenbuch nicht löschen läßt, besteht sein Wille Schuldner zu bleiben weiter fort, ganz ebenso wie wenn der Aussteller eines Inhaberpapiers dasselbe einlöst, aber nicht kassirt; aber die Möglichkeit, die Forderung gegen den Schuldner geltend zu machen, tritt erst wieder ein, nachdem sie auf einen neuen Gläubiger übergegangen ist[39]). War der Eigenthümer nicht bloß mit dem Grund-

---

bestimmt: „Wenn der Eigenthümer eines Pfandbriefs Eigenthümer des Unterpfands wird, oder die Stellung des Gläubigers und des Schuldners sich in derselben Person mischen, so ist er verpflichtet, jenen kanzleiisch löschen zu lassen. Kommt derselbe aber unversehrt in die Hand eines Erwerbers in gutem Glauben, so kann dieser Forderung und Pfandrecht geltend machen".

[38]) Eine solche spätere Cession darf die Stellung der nachfolgenden Gläubiger nicht verschlechtern; darum ist die Weitercession einer Cautionshypothek oder die neue Eintragung einer solchen an Stelle der erloschenen unzulässig, da die nachfolgenden Gläubiger auf ihr Erlöschen hoffen durften, Roth B. II. S. 465 N. 7, Regelsberger Studien S. 62 f., 63 ff., bayer. H. R. S. 287 N. 12, Preuß. G. § 67.

[39]) Koch a. a. O., welcher die Hypothek dem gemeinen Recht gemäß als accessorisches Recht behandelt, stellt eine mit dieser Ansicht unverträgliche Theorie auf: die persönliche Verbindlichkeit gehe unter, aber es bleibe das durch die hypothekenrechtliche Form aufrecht erhaltene dingliche Forderungsrecht bestehen; dieses und die persönliche Schuld seien als Correalverbindlichkeit zu denken. Wenn an sich das Hypothekenrecht nicht ohne persönliches Schuldverhältniß bestehen könne, so beweise dies doch nichts gegen eine Anomalie, indem jetzt das Grundstück (!) als Schuldner erscheine; vgl. dagegen Delbrück S. 64 f. Das Resultat von Koch ist also einfach, daß hier eine Anomalie bestehe. — Delbrück S. 65 stellt das Paradoxon auf: „die Obligation, sofern sie ein Verhältniß zwischen Personen ist, gehe unter durch Confusion, die Schuld aber, sofern sie eine Sache ist, kann bestehen bleiben". — Bremer S. 8 nimmt an, daß die Forderung untergegangen sei und es sich bei weiterer Cession um Neubegründung, nicht um Uebertragung der Obligation handele und nur der Zusammenhang bestehe, daß das neue Recht an Stelle des alten trete.

stück verhaftet, sondern zugleich persönlicher Schuldner gewesen, so ist er, wenn er die Forderung, welche ihm vorübergehend cedirt gewesen ist, von neuem cedirt, dem neuen Gläubiger nicht bloß mit dem Grundstück, sondern auch persönlich verhaftet[39a]). Der Umstand, daß Gläubiger und Schuldner vorübergehend dieselbe Person waren, hat die Natur der Forderung nicht modificirt.

6. Wenn der Cedent selbst oder dritte Personen[40]) ein Recht haben, die Cession und deren Eintragung anzufechten, so können sie die Umschreibung und Wiederherstellung des alten Zustandes fordern. Doch fällt dies Recht gemäß den Grundsätzen des Publizitätsprinzips fort, wenn von dem betreffenden Cessionar selbst die Forderung bereits weiter cedirt ist[41]).

Cedirt der Gläubiger dieselbe Forderung mehrmals, so würde an sich derjenige vorgehen, welcher sie zuerst erwarb, weil der Gläubiger gar nicht mehr in der Lage war, die Forderung noch einmal abzutreten. Indessen wirkt hier das Publizitätsprinzip in manchen Hypothekenordnungen dahin, daß derjenige vorgeht, welcher im Hypothekenbuch die Umschreibung erlangt hat[42]). Ist keine Umschreibung erfolgt, so soll partikularrechtlich der Besitz des Hypothekenscheins entscheiden[43]). Wo es an einer derartigen positiven Bestimmung fehlt, ist freilich der jüngere Cessionar durch den Besitz des Hypothekenscheins in der Lage die Forderung geltend zu machen, kann aber der ältere Cessionar von ihm die Herausgabe des Hypothekenscheins fordern[44]).

7. Ein vorstehender Gläubiger kann auch dem nachfolgenden

[39a]) In Uebereinstimmung mit der Praxis des Preuß. O. Trib. auch das RchsGer. Erk. VII. no. 64.

[40]) z. B. die Gläubiger des Cedenten mit der actio Pauliana.

[41]) v. Meibom S. 245 f.

[42]) v. Meibom S. 249 N. 10, Neuvorpommern'sche H. O. v. 1868. § 27, Regelsberger S. 435. — Ueber das Oestr. Recht Strohal in d. Grünhut'schen Ztschr. S. 662 ff.

[43]) Meckl. H. O. f. Landgüter § 26. no. 4, Stdtb. O. § 37. no. 5: der Besitzer desselben ist geschützt „gegen alle Ansprüche Dritter, welche sich auf frühere Handlungen seines Cedenten, namentlich auf anderweitige Cessionen desselben begründen“, v. Meibom S. 245, S. 250 N. 11.

[44]) v. Meibom S. 250, Dernburg § 325 a. E.

seine Priorität abtreten[45]). Damit diese Aenderung der Priorität Wirksamkeit gegen dritte Personen erhalte, bedarf es einer Vermerkung darüber im Grundbuch[46]). Fehlt es an einem solchen Vermerk, so kann, wenn der voranstehende Posten cedirt wird, der nachstehende Hypothekar nicht dem gutgläubigen Cessionar gegenüber die Abtretung der Priorität geltend machen.

III. Der Gläubiger kann seine Hypothek verpfänden; die Verpfändung erfolgt in derselben Weise wie eine Cession, durch Uebergabe des Hypothekenbriefs und Vermerk auf demselben, resp. durch Eintragung im Grundbuch[47]). Damit der Gläubiger aus der ihm verpfändeten Hypothek im Konkurs ein Absonderungsrecht geltend machen könne, wird in dem Einführungsgesetz zur Konkursordnung § 15 no. 3 die Eintragung der Verpfändung im Grundbuch gefordert. Die Verpfändung der Hypothek ist die Verpfändung eines nomen

---

[45]) Preuß. Lbr. I. 20. § 497—499, Preuß. G. § 35, Sächs. G. B. § 440, Siegmann S. 97, v. Meibom S. 264 f., v. Bar S. 112 ff., Regelsberger Studien S. 45 ff., Hyp. R. S. 448 ff., Roth B. II. S. 449 ff., Dernburg I. § 334, Römer S. 239 ff., Exner 483 ff. — Strohal die Prioritätsabtretung nach heutigem Grundbuchrecht. Graz 1880. — Nowack die Vorrangseinräumung. Wien 1881 (zuerst in d. Allg. Oestr. Ger.-Zeitung. 1881. no. 22 ff.). — Conrad die Prioritätsabtretung in ihrer Wirkung auf Zwischenhypotheken. Wien 1881. — Es ist bestritten, ob dadurch eine definitive Vertauschung der Stellen eintritt, oder ob nur der seine Priorität abtretende Gläubiger verpflichtet ist, dasjenige, was er bei Subhastation des Grundstücks erlangt, dem Andern zu überlassen. Im allgemeinen ist das letztere anzunehmen: wird daher die hintere, aber in Folge des Abtretungsvertrages mit der Priorität ausgestattete Post gelöscht, so behält der vorstehende Gläubiger, obgleich er seine Priorität abgetreten hatte, doch seinen Platz und die folgenden rücken nicht auf; andererseits findet aber ein solches Vorrücken statt, wenn die vorhergehende, aber die Priorität abtretende Post gelöscht wird; vgl. Roth a. a. O., Regelsberger Hyp. R. S. 450 f., Exner S. 487 ff.; anderer Ansicht Dernburg a. a. O.

[46]) Sächs. G. B. § 440, Römer S. 241, 243, 244, Regelsberger Hyp.-R. S. 452. — Nach v. Meibom a. a. O. soll eine solche Eintragung nicht erfolgen. — Daß das Vorzugsrecht der Kautionshypothek nicht einem folgenden Gläubiger abgetreten werden darf, Regelsberger Studien S. 53 f.

[47]) Preuß. G. § 53, 54, 56, v. Bar S. 107 f., Bair. G. § 53, 155 (Regelsberger S. 443 ff.), Grhrzgl. Hess. Ges. § 171, Sächs. G. B. § 502 (Haubold § 216 N. f, Siegmann S. 129 ff.): „nur durch Eintragung der auf ihre Verpfändung gerichteten Willenserklärung“; Exner S. 444 ff. — Nach Meckl. R. darf die Verpfändung nicht eingetragen werden, v. Meibom S. 256 N. 6.

und giebt dem Pfandgläubiger das Recht im Falle der mora seines Schuldners die Hypothek zu kündigen und sich aus der für ihre Tilgung bezahlten Summe zu befriedigen. Partikulär erscheint sie als bedingte Cession und giebt dem Pfandgläubiger bei mora seines Schuldners den Anspruch darauf, daß er bis zum Belauf seiner Forderung im Hypothekenbuch als Cessionar der betreffenden Hypothek eingetragen werde[48]).

IV. Wird eine Hypothek von Todeswegen erworben, so kann der Erbe oder Legatar die Umschreibung fordern, ohne daß dieselbe für den Erwerb des Rechts erforderlich wäre[49]). Um einen Legatar als Gläubiger einzutragen, bedarf es der Genehmigung der Erben oder ihrer Verurtheilung[50]).

Die Anfechtung, welcher die Eintragung des Erblassers ausgesetzt war, ist auch gegen die eingetragenen Erben zulässig, da sie keinen neuen Erwerb gemacht haben, sondern das Recht des Erblassers einfach fortsetzen[51]).

§ 114. Die Geltendmachung der Hypothek im Prozeß.

I. Während wenn der Gläubiger auf Grund seiner persönlichen Forderung, auf Grund des Rechtsgeschäfts klagt, welches die causa für die Hypothekbestellung war, der Schuldner ihm alle civilrechtlich begründeten Einreden entgegenstellen kann, treten mehrfache Beschränkungen gegenüber der hypothekarischen Klage ein.

1. Ist der in Anspruch genommene Eigenthümer zugleich der ursprüngliche persönliche Schuldner oder hat er die Schuld übernommen, so kann er im allgemeinen gegenüber dem ursprünglichen

---

[48]) Sächs. GB. § 503, 504 (Haubold § 216 N. k), Weimar'sches Pfdgeſ. v. 1839. § 4: „die Verpfändung von Forderungen gilt als eventuelle Cession“. — Dagegen nicht z. B. nach Meckl. R., und daß man überhaupt nicht allgemein diese Annahme vertheidigen dürfe, v. Meibom S. 256 f., Regelsberger Studien S. 41 f.

[49]) Sächs. GB. § 437; der Eintragung des Erben bedarf es auch nicht, wenn er selbst die Forderung weiter cediren will, § 2287.

[50]) Preuß. G. § 65, Grundb. O. § 85.

[51]) v. Meibom S. 258 N. 8.

Gläubiger oder dessen Erben alle Einreden geltend machen, welche ihm aus dem obligatorischen Verhältniß zustehen[1]).

Dagegen sind einzelne Hypothekenrechte viel strenger, emanzipiren die Hypothek auch in Rücksicht auf die sie begründenden Personen von dem unterliegenden Rechtsverhältniß und schließen die sich aus demselben ergebenden Einreden selbst gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger und dessen Erben in weitem Umfang aus. So soll nach Meckl. Recht unzulässig sein[2]) die Einrede der Minderjährigkeit, des Sctum Macedonianum, des Sctum Vellejanum, die Einrede, daß die Forderung aus angeschwollenen Zinsen entstanden sei u. s. w. Nur die exceptio non numeratae pecuniae habe der Schuldner; aber auch gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger sei sie davon abhängig, daß sie binnen 30 Tagen nach der Intabulation eingetragen und binnen folgenden 30 Tagen gerichtlich geltend gemacht sei[3]). Illiquide Einreden, selbst die Einrede, daß die Hypothek auf Grund unechter Urkunden eingetragen sei, werden zu be-

---

[1]) Exner S. 251 ff. — Das ergiebt sich e contrario für das Preuß. R. aus dem Ges. v. 1872. § 38. Abs. 2: „Gegen die Klage aus einer Hypothek können Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältniß einem Dritten . . . nur entgegengesetzt werden, wenn sie ihm vorher bekannt geworden sind oder sich aus dem Grundbuch ergeben". — Nach Baier. Recht hat der Eigenthümer aus dem persönlichen Schuldverhältniß die Einreden auch, wenn er nicht persönlicher, sondern nur Hypothekarschuldner ist, Regelsberger S. 397 f.

[2]) Meckl. H. O. f. Landgüter § 29, Stadtb. O. § 30; daß aber auch hier nicht alle Einreden aus dem unterliegendeu Geschäft ausgeschlossen seien, Bähr S. 51, v. Meibom S. 175 N. 26. — Aehnliche Bestimmungen in der Neuvorpommern'schen H. O. v. 1868. § 31.

[3]) Erfolgt die Rechtfertigung nicht in dieser Zeit, so wird die Vormerkung auf Antrag des Gläubigers getilgt und dadurch die Einrede ausgeschlossen. Vgl. v. Meibom S. 176—178. — Ueber die exc. n. n. p. vgl. auch Siegmann S. 172 ff., Schmidt Vorlesungen I. S. 423 f., Römer S. 25 N. 9, Roth B. II. S. 473, Regelsberger S. 400 f. — Nach einem Baier. Ges. v. 26. März 1859. art. 2 (Ges. Bl. S. 46) ist während der ersten 30 Tage nach der Eintragung der Beweis des Bestehens der Schuld auf anderm Wege als durch die Eintragung zu führen. — Die meisten Gesetze geben dem Schuldner gegenüber seinem ursprünglichen Gläubiger ohne weiteres, ohne Eintragung eines Vermerks die Einrede der nicht gezahlten Valuta; über Preußen Förster Grundbuchrecht S. 201 ff. — Vgl. auch unten N. 8.

sonderer Verhandlung verwiesen und der Schuldner wird zur Zahlung ad depositum angehalten[4]).

2. Einreden aus dem der Belastung des Grundstücks unterliegenden Geschäft sind nach Preuß. Recht auch gegenüber dem Gläubiger aus einer Grundschuld zulässig. Im Anschluß an die Grundsätze des Wechselrechts bestimmt das Preuß. Gesetz von 1872 § 38, daß gegen die Klage aus einer Grundschuld Einreden soweit zulässig sind, als sie dem Beklagten gegen den jedesmaligen Kläger unmittelbar zustehen oder aus dem Grundschuldbrief sich ergeben[5]).

3. Dem Beklagten stehen Einreden gegen die rechtliche Entstehung des Eintrages in demselben Umfange zu, als er die Beseitigung desselben durch Klage, durch Impugnation fordern kann, z. B. daß sie ohne Einwilligung des Eigenthümers erfolgt sei, daß die Einwilligung durch metus oder dolus erreicht sei, daß ihm die Handlungsfähigkeit gefehlt habe[6]). Und Einreden gegen den Fortbestand der Hypothek gelten in demselben Umfange, in welchem der Schuldner ein Recht auf Tilgung der Hypothek hat[7]).

4. Unbedingt kann jeder Hypothekenschuldner dem Gläubiger diejenigen Einreden entgegenstellen, welche sich aus dem Grundbuch selbst ergeben.

5. Ist der Kläger nicht der ursprüngliche Hypothekengläubiger,

---

[4]) Meckl. Stdb. O. § 31.

[5]) Vgl. über die Entstehung und den Inhalt des Artikels Förster Grundbuchrecht S. 191 ff., Achilles (3. Aufl. S. 154 ff.). Sowie art. 82 der Wechselordnung zu zahlreichen Zweifeln Veranlassung gegeben hat, so wird auch diese Bestimmung mannigfaltige Controversen hervorrufen z. B. scheint mir Achilles S. 236 f. u. Förster Privatr. III. § 194 N. 142 mit Unrecht die Einrede auszuschließen, daß das Geschäft ungültig sei, durch welches die Grundschuld veranlaßt sei. Ist der Kläger derselbe, mit welchem der Eigenthümer und Besteller der betreffenden Grundschuld das Geschäft eingegangen ist, so liegt in der Bestimmung des Gesetzes kein Grund vor, warum diese Einrede nicht zu beachten sei.

[6]) v. Meibom S. 171 ff.; die Einrede der minor aetas wird nach Meckl. R. nicht berücksichtigt, vgl. N. 2. — Dem nicht persönlichen Schuldner giebt das Grhrzgl. Hess. Ges. art. 135: „alle Einreden des Pfandschuldners, insoweit solche nicht an dessen Person geknüpft, wohl aber gegen die Richtigkeit oder gegen die Größe der versicherten Forderung oder gegen die Gültigkeit der Verpfändung gerichtet sind“.

[7]) v. Meibom S. 178 ff.

sondern ein Cessionar, so ist der Schuldner ihm gegenüber mit Bezug auf Einreden in höherem Maß eingeschränkt, als der debitor cessus nach den Regeln des Civilrechts. Da der Inhalt der Hypothekenforderung durch die Eintragung fixirt ist und das Buch über ihre Modalitäten entscheidet, besteht im Interesse des Verkehrs in mehr oder weniger allgemeiner Anerkennung das Prinzip, daß die Forderung auf den Cessionar frei von denjenigen Mängeln übergeht, welche in der Person des Cedenten oder eines der früher eingetragenen Gläubiger oder in ihrem obligatorischen Verhältniß zu dem Schuldner ihren Grund haben[7a]). Dem Cessionar gegenüber sind im allgemeinen nur folgende Klassen von Einreden zulässig:

a) solche, welche auf eine Eintragung im Hypothekenbuch oder auf den Inhalt des Hypothekenbriefs gestützt werden können und demgemäß gegen jeden Erwerber der Hypothek gelten[8]);

b) solche, welche ihren Grund in dem speziellen Verhältniß zwischen dem eingetragenen Eigenthümer und dem jetzigen Kläger haben[9]);

[7a]) z. B. Regelsberger S. 398 f.

[8]) Baier. G. § 26. 4: „wenn sein (des Schuldners) Widerspruch gegen die Forderung im Hypothekenbuche vorgemerkt ist". — Preuß. Ldr. I. 20 § 424, Anh. zu § 511, Preuß. Ges. § 38: Einreden gegen die Klage aus einer Grundschuld, wenn sie „sich aus dem Grundschuldbrief ergeben", gegen die Klage aus einer Hypothek, wenn sie „sich aus dem Grundbuch ergeben". — Nach der Meckl. Stdtb. O. § 38. no. 1 kann der Schuldner durch eine Vormerkung nur seine Einrede des nicht gezahlten Geldes salviren; über die Zulässigkeit dieser Vormerkung daselbst § 30 u. oben N. 3. — Ueber die Eintragung dieses Protestes nach andern Rechten vgl. Haubold § 213 N. h, § 292[a] N. e, Würt. Pfd. Ges. v. 1825. § 87, Weimar'sches Ges. v. 6. März 1839. § 6, Nassauisches G. § 37, Baumeister I. S. 176 N. 7, 8. — Nach dem Preuß. Ldr. I. 11. § 738, 39, Hyp. O. II. § 175 ff., Hyp. Novelle § 49, 50 (Förster II. § 137 N. 58 ff.) mußte die Protestation binnen 38 Tagen eingetragen werden; war dies unterblieben, so entsteht zu Gunsten des ersten Inhabers die Präsumtion der geschehenen Zahlung und kann dem dritten Gläubiger gegenüber die Einrede gar nicht mehr geltend gemacht werden. Die eingetragene Protestation wurde gelöscht, wenn binnen 6 Monaten keine Requisition des Prozeßrichter um ihre Aufrechterhaltung ergangen war. — Nach dem neuen Gesetz ist die Einrede einem dritten Gläubiger gegenüber unter denselben Voraussetzungen wie jede andere zulässig, also wenn er bei seinem Erwerbe von der Existenz der betreffenden Thatsache wußte oder die Forderung unentgeltlich erworben hatte.

[9]) z. B. Preuß. Ges. § 38. Abs. 1: „Gegen die Klage aus einer Grund-

c) Einreden aus Mängeln des Forderungsrechts, welche dem Kläger beim Erwerb seiner Forderung bekannt gewesen sind. Nur der bonae fidei Erwerber hat Anspruch auf bedingungslose Anerkennung seiner Forderung; wer aber die Mängel seines Forderungsrechts, resp. der Cession desselben kennt, muß es sich auch gefallen lassen, daß sie ihm vom Schuldner entgegengehalten werden[10]). Dabei kommt es auf die bona oder mala fides des jetzigen Gläubigers an und es nützt dem sich in mala fide befindenden Cessionar nichts, daß der ursprüngliche Erwerber des Rechts gutgläubig war, ebenso wie andererseits dem gutgläubigen Cessionar die mala fides des Cedenten nicht schadet[11]).

d) Nach einzelnen Partikularrechten können die gegen Vorbesitzer der Hypothek zulässig gewesenen Einreden auch dem Cessionar entgegengestellt werden, wenn er die Hypothek nicht gegen Entgelt erworben hat[12]).

---

schuld sind Einreden nur soweit zulässig, als sie dem Beklagten gegen den jedesmaligen Kläger unmittelbar zustehen"; Abs. 2 vgl. oben N. 1. — Die Einrede der Zahlung einer nicht gelöschten Post z. B. hat der Schuldner nur dann, wenn er behaupten kann, an den Kläger gezahlt zu haben. Pr. Ldr. I. 20. § 522, Baier. G. § 26. no. 5, Haubold § 175ᵃ N. g, Sächs. GB. § 463, Neuvorpommern'sche H. O. § 27. — Die Einrede dem Cedenten die Zinsen bereits bezahlt zu haben, kann, da Zinsen nicht im Grundbuch eingetragen oder gelöscht werden, auch dem Cessionar entgegengehalten werden, Preuß. Ges. § 39, Erk. d. RchsGer. IV. no. 86. — Ueber die Compensationseinrede Regelsberger S. 399, Oestr. GB. 1443, Exner S. 430 f.; vgl. auch das angef. Erk. —

[10]) Baier. H. G. § 26. no. 4, Sächs. GB. § 463, 465, Exner S. 425, v. Meibom S. 252 N. 22, 23 (ohne speziellen Anhalt in der Meckl. Hyp. Gesetzgebung). — Preuß. Ldr. I. 20 § 423, Anh. zu § 511, Preuß. G. § 38: „wenn sie dem Kläger beim Erwerb der Grundschuld bekannt gewesen sind"; „wenn sie ihm vorher bekannt geworden sind". Vgl. oben § 110 N. 26 ff.

[11]) v. Meibom S. 90, Förster III. § 198 N. 29, Exner S. 112, 392 N. 5, 426; a. A. Regelsberger Studien S. 143 f., Römer S. 43, 44, 51, 74. — Ist der jetzt Berechtigte Erbe des früheren Gläubigers, so wird für ihn die bona oder mala fides bestimmt nach dem Verhalten des Erblassers und kommt es nicht auf seinen eigenen Glauben an, Exner S. 112.

[12]) Bair. Hyp. Ges. § 26. no. 4: sie sind unzulässig, wenn der Kläger die Hypothek „durch lästigen Titel" erwarb; Preuß. Ldr. I. 20 § 423, Preuß. Ges. § 38. Abs. 2: wenn er „ein Recht auf die Hypothek gegen Entgelt erworben hat". Für die Grundschuld gilt nach Preuß. R. diese Bestimmung nicht. — Würt. G. v. 1825 § 72, 88, Römer S. 49: nach Würt. R. kommt es darauf

II. Der hypothekarische Gläubiger kann, wenn der zur Zahlung des Kapitals oder der Zinsen verurtheilte Besitzer in mora bleibt, zur Befriedigung seiner Forderung den zwangsweisen Verkauf[13]) des Grundstücks durch das Gericht fordern[13a]). Ebenso findet beim Konkurs des Schuldners die gerichtliche Veräußerung des Grundstücks statt und werden die hypothekarischen Gläubiger aus der Spezialmasse desselben befriedigt[14]).

1. Während nach römischem Recht der Pfandgläubiger, welcher nicht bezahlt wird, die Einweisung in den Besitz des Pfandes fordern konnte und dann zu seiner Befriedigung selbst zur Veräußerung der Sache schritt, kann er nach neuerem Recht nur den Antrag auf Subhastation bei Gericht stellen[14a]). Zu diesem Antrag ist sowohl der erste als jeder der nachfolgenden hypothekarischen Gläubiger befugt[15]). Wird die Subhastation verfügt oder der Konkurs über das Vermögen des Schuldners eröffnet, so schließt auf Requisition des Gerichts die Hypothekenbehörde das Folium[15a]); der Eigenthümer

---

an, daß die erste Cession entgeltlich geschah; der Nachfolger eines entgeltlichen Erwerbers ist gegen die Einreden geschützt, auch wenn er unentgeltlich erwarb.

[13]) Falls nicht etwa zunächst nur Sequestration oder Verpachtung des Guts zur Befriedigung der Gläubiger angeordnet wird. Ueber diesen untergeordneten Fall vgl. z. B. v. Meibom S. 217 f., Exner S. 48 ff., 278, Regelsberger S. 407 ff. — Das Verbot der lex commissoria besteht auch nach neuerem Recht weiter fort; vgl. die Citate in § 155 N. 49.

[13a]) Vgl. oben § 92 N. 4, 5.

[14]) Während nach früherem gemeinen und partikularen Recht z. B. Dernburg I. §. 343, Regelsberger S. 419 die Hypothekarier sich mit ihren Forderungen im Konkurs anzumelden hatten und ihre Befriedigung aus der Masse erhielten, gilt nach heutigem Recht für sie das Absonderungsrecht. Reichs-Konk. O. § 39: „Zur abgesonderten Befriedigung dienen die Gegenstände, welche in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, insoweit ein dingliches oder sonstiges Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus denselben besteht"; § 3 Abs. 2: „die abgesonderte Befriedigung erfolgt unabhängig vom Konkursverfahren."

[14a]) Auf diesem Gegensatz baut Sohm seine Theorie von der modernen Hypothek auf; vgl. darüber oben § 109 N. 10.

[15]) Das Recht die Subhastation zu beantragen kann nicht vertragsmäßig ausgeschlossen werden, Preuß. Ges. § 45. — Anders nach Meckl. und Baier. Recht, v. Meibom S. 217, Regelsberger S. 391. — Auch kann nicht bei Bestellung der Hypothek den Gläubigern das Recht des Privatverkaufs eingeräumt werden, Regelsberger S. 392.

[15a]) Dies ist freilich nicht überall der Fall. Die R. Konk. O. § 106 fordert

verliert die Verfügung über sein Grundstück und dasselbe wird von Seiten des Gerichts öffentlich zum Kauf ausgeboten. Durch den gerichtlichen Zuschlag geht auf den Meistbietenden das Eigenthum über; er hat die Kaufsumme an das Gericht zu zahlen, wird von diesem in den Besitz eingewiesen und auf gerichtliche Requisition als Eigenthümer im Grundbuch eingetragen.

2. Die Subhastation kann dadurch abgewendet werden, daß in Ausübung des jus offerendi ein Gläubiger, welcher an demselben Grundstück eine Hypothek besitzt, sich erbietet, dem die Subhastation beantragenden Gläubiger seinen Hypothekenposten mit allen Nebenforderungen zu bezahlen, wogegen dieser ihm dann den Posten zu cediren hat. Während nach römischem Recht allgemein der nachstehende Gläubiger das Pfandrecht des vorhergehenden durch Auszahlung erwerben kann[16]), besteht das jus offerendi nach neuerem Recht nur in jenem speciellen Falle. Denn in Folge der wirthschaftlichen Bedeutung der heutigen Hypothek ist dem Gläubiger sehr oft damit gar nicht gedient, daß ihm seine Forderung bezahlt wird; vielmehr ist es oft sein Interesse, in der Hypothek eine Kapitalanlage zu besitzen. Wenn aber der Gläubiger selbst die Rückzahlung des Kapitals vergeblich fordert und nun durch Subhastation zu erreichen sucht, darf er sich gegen die Ausübung des jus offerendi von Seiten eines andern vor- oder nachstehenden Pfandgläubigers nicht sträuben, da ihm dieser zu leisten bereit ist, was er durch die Kündigung und durch die Subhastation erlangen wollte[17]). Haben sich mehrere

---

die sie betreffende Eintragung nicht: „In wiefern die Eröffnung oder Aufhebung des Konkursverfahrens in das Grund- oder Hypothekenbuch einzutragen, und wie eine solche Eintragung zu bewirken ist, bestimmt sich nach den Landesgesetzen."

[16]) Ob nach römischem Recht auch der vorstehende Pfandgläubiger einen nachfolgenden auskaufen kann, ist controvers, Windscheid § 233[b] N. 14, Roth Hypothekarische Succession S. 15 ff. Die Wormser Ref. hatte das jus offerendi aus dem Röm. Recht herübergenommen, V. 3. tit. 2. Abs. 12, tit. 13. Abs. 5, 6.

[17]) Preuß. Lbr. I. 20. § 36 ff. (das Preuß. Ges. erwähnt nicht das jus offerendi, ohne es abgeschafft zu haben, Achilles zu § 43 (3. Aufl.) S. 267), Oestr. GB. § 462, Sächs. GB. § 435, 446 (Haubold § 215[a]), Baier. H. G. § 63 (Regelsberger S. 440 ff.), Nassauisches H. G. § 28, Weimar'sches Ges. § 74—77, Neuvorpommern'sche HO. § 86, Grhrzgl. Hess. G. § 103—106, v. Meibom S. 236 N. 16, Exner S. 537 ff., Seuffert XXI. no. 109. — Nach Meckl. R. (v. Meibom S. 201 f.) haben auch Reallastberechtigte, dinglich

Pfandgläubiger zur Befriedigung des die Subhastation beantragenden gemeldet, so geht gewöhnlich derjenige vor, welcher die hintere Stelle hat, weil er das größere Interesse an der Abwendung der Subhastation hat[18]).

3. Das Grundstück soll aus der Subhastation schuldenfrei auf den Erwerber übergehen; es werden daher aus den Kaufgeldern die hypothekarischen Gläubiger und ihnen gleichstehenden Berechtigten nach ihrer Priorität der Reihe nach[19]) befriedigt und die Hypotheken gelöscht[20]). Die Reihenfolge in der Befriedigung wird, — abgesehen von den durch eine Prioritätsabtretung bewirkten Modifikationen

---

Nutzungsberechtigte u. s. w. in dem Falle das jus offerendi, wenn das Grundstück frei von diesen Lasten ausgeboten werden soll (vgl. oben § 112 N. 58); sie haben dies Recht dann demjenigen Gläubiger gegenüber, welcher der Ausbietung mit diesen Lasten widerspricht, vgl. auch Preuß. Ldr. I. 20 § 37, Exner S. 543 ff.

[18]) z. B. Sächs. GB. § 446. — Nach dem Hess. G. art. 104 soll der hintere nur dann vorgehen, wenn er zugleich den vorstehenden, sich gleichfalls zur Ablösung meldenden auszahlen will. Nach dem Baier. Entw. art. 403 soll vorgehen, wer zuerst die Ablösung angeboten hat; dies vertheidigt schon für das gegenwärtige Recht Regelsberger S. 442.

[19]) Vgl. oben § 111. 5. — Preuß. Ldr. I. 20. § 500, Ges. v. 1872. § 17, 34. — Sächs. GB. § 434. — Meckl. Stdtb. O. § 20, v. Meibom S. 138, 260 ff. — Regelsberger S. 462 ff., Exner S. 463 ff. — Können mehrere an gleicher Stelle stehende Hypotheken nicht völlig ausgezahlt werden, so wird der Erlös unter sie pro rata vertheilt, Exner S. 520.

[20]) Nach Mecklenb. R. (Stdtb. O. § 32) erlöschen die sämmtlichen Hypothekenschulden bereits durch Schließung des Hypothekenfoliums; nach v. Meibom's Ansicht S. 288 ff. verwandelt sich die Hypothekenforderung in eine Forderung auf Befriedigung aus dem Kaufgelde; würde das Konkursverfahren oder die Subhastation später wieder aufgehoben, so träten die erloschenen Hypotheken von selbst wieder in Kraft. Wie stimmt damit aber der Satz auf S. 291: „die einmal erloschene Hypothek kann nicht wieder aufleben"? — Nach Sachs. Weimar'schem Ges. § 164 erlöschen die Hypotheken, sobald der ganze Kaufpreis gezahlt ist; vgl. auch Würt. Pfandgesetz v. 1825. § 129 vgl. mit dem Ges. v. 1828. § 35. Nach kgl. sächs. Recht erlöschen die Hypotheken erst mit der vollzogenen Subhastation, Schmidt S. 288 Siegmann S. 138; nach großherzgl. hess. Ges. § 107 werden die Hypotheken so lange vorbehalten, bis „der Steigschilling" bezahlt ist, vgl. auch Müller S. 277 N. 3. — Vgl. noch Regelsberger S. 416, 476, Strohal Eig. an Immobb. S. 125 f. — Ueber das Nichterlöschen der Hypotheken durch die Subhastation vgl. auch unten N. 27.

(§ 113 N. 45) — lediglich nach der Stelle im Hypothekenbuch bestimmt, welche die einzelnen Berechtigten einnehmen[20a]).

Möglich ist es, daß der Ersteher im Einverständniß mit den Gläubigern nicht die ganze Kaufsumme, sondern nur einen Theil derselben bezahlt und für den Rest einzelne Hypotheken übernimmt[21]) oder daß eine neue Hypothek zu Gunsten der Gläubiger, welche damit einverstanden sind, eingetragen wird.

So weit die hypothekarischen Gläubiger aus den Kaufgeldern nicht befriedigt werden können, fallen sie mit ihren Hypotheken aus, müssen ihre Instrumente herausgeben und werden als Gläubiger gelöscht[22]). Wegen des Ausfalls können sie sich an ihren persönlichen Schuldner, also auch an den Eigenthümer des subhastirten Grundstücks halten, wenn er zugleich persönlicher Schuldner ist[23]).

[20a]) Möglicherweise nicht nach der Zeit ihrer Eintragung, da nach einzelnen Hypothekenordnungen eine Stelle vorläufig frei bleiben kann, um später dort eine Hypothek mit Priorität vor den lokal nachfolgenden einzutragen (vgl. § 111 N. 28); meistens wird dasselbe Resultat eintreten, gleichviel ob man die Reihenfolge oder die Zeit der Eintragung entscheiden läßt.

[21]) v. Meibom S. 291 erklärt dies für unmöglich, da die Hypotheken in Folge der Schließung des Hypothekenbuchs bereits erloschen seien (N. 19). — Nach Oesterr. Recht hat die Subhastation nicht die Fälligkeit sämmtlicher Hypothekenschulden zur Folge. Bei nicht fälliger Hypothekenschuld darf der Gläubiger, wenn der betreffende Posten innerhalb des Meistgebots sich befindet, die Zahlung aus dem Erlös fordern; will er dies nicht, so hat der Ersteher gegen Abzug des Betrages am Kaufgeld die nicht fällige Schuld zu übernehmen, Exner S. 355, 578 f. — Vgl. überhaupt Gürgens in Ihering's Jahrb. VIII. S. 267 ff.

[22]) Eine Ausnahme macht das sächs. Berggesetz v. 1868. § 53: „die unter den Schulden eines Berggebäudes im Grund- u. Hypothekenbuche eingetragenen Vorschüsse, welche zum Betriebe desselben unter der Bedingung successiver Restitution von der Produktion gegeben worden sind, erlöschen weder durch die gerichtliche Zwangsversteigerung, noch dadurch, daß das mit solchen Vorschüssen belastete Bergbaurecht von seinem Inhaber freiwillig oder gezwungen aufgegeben wird, sondern der Ersteher oder spätere Wiederaufnehmer hat dieselben .... als Beschwerung des Bergbaurechts zu übernehmen". — Das Preuß. Berggesetz v. 1865 kennt keinen solchen Vorbehalt, vgl. § 159, 160.

[23]) Für das baier. Recht behauptet Roth II. § 195. S. 474, daß der Grundeigenthümer, der es zur Subhastation kommen ließ, auch persönlich verhaftet sei, da § 54 des Hyp. G. sage, der Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks sei verpflichtet, die Forderung zu bezahlen „oder dem Gläubiger das hypothecirte Gut abzutreten, damit er aus den Früchten oder der Substanz der Sache befriedigt werde". — Ueber die Frage, ob die persönliche Schuld, soweit

4. Im Falle es sich um die Konkurrenz von Hypotheken und in einer andern Rubrik eingetragenen Forderungsrechten handelt (Reallasten), entscheidet über die Rangordnung gleichfalls das Alter der Eintragung[24]). Die vor den Hypotheken eingetragenen Reallasten gehen ohne weiteres auf den Ersteher über[24a]); die nach der Hypothek, ohne Genehmigung der Gläubiger eingetragenen erlöschen dagegen, wenn mit Rücksicht auf sie das Gebot im Subhastationsverfahren geringer ist und die voreingetragenen Hypothekengläubiger keine Aussicht auf völlige Befriedigung ihrer Forderungen haben[25]). Mit Rücksicht hierauf könnnen bei der Subhastation doppelte Gebote entgegengenommen werden, um den Erlös bei Uebernahme der Lasten und den Erlös bei Aufhebung derselben konstatiren zu können[26]).

5. Da, wenn der Ersteher des Grundstücks im Subhastationsverfahren das ganze Kaufgeld baar zu erlegen hat, möglicherweise

---

als das höchste Kaufgebot geht, durch den Zuschlag getilgt sei oder nur soweit als die Kaufgelder wirklich gezahlt oder Hypotheken vom Ersteher übernommen werden, vgl. de lege ferenda Förster III. § 194 N. 80. Während die preuß. Subhastationsordnung den letzteren Standpunkt einnimmt, erklärt sich Förster für die erste Annahme.

[24]) Die ältern Gesetze enthielten abweichende Normen; vgl. oben § 104 N. 35 und z. B. die Lüneb. Ref. II. 7. § 4, 7—10: Renten sollen der Hypothek vorgehen und nur einzelne Hypotheken den Vorrang vor später eingetragenen Renten haben. — Dagegen das Prinzip der Priorität vgl. z. B. Hanbold § 214 N. k, Preuß. Ges. § 36, v. Bar S. 101 f., v. Meibom in Bekker's Jahrb. IV. S. 497 f., Regelsberger S. 466 ff., Exner S. 534 ff. — Meckl. Praxis (Budde Entscheidungen VIII. (N. F. III) S. 68 ff.), daß an demselben Tage eingetragene Rechte nicht gleichstehen, sondern auch hier die Priorität der Eintragung entscheidet. — Ueber die Konkurrenz von Hypotheken und Servituten Exner S. 529 ff. — Für einzelne Reallasten, z. B. den Altentheil und die bäuerliche Abfindung, ist partikulär der Vorrang selbst vor ältern Hypotheken anerkannt, Hommel rhaps. V. 674, v. Bar S. 101 f. — Vgl. auch Exner S. 66 ff.

[24a]) Oben § 103 N. 30.

[25]) Preuß. Ges. § 47: „Dingliche Lasten . . ., welche aus privatrechtlichen Titeln herrühren, müssen vom Ersteher übernommen werden, wenn denselben keine Hypothek oder Grundschuld vorgeht. Gebote, durch welche der Bietende sich zur Uebernahme derartiger, einer Hypothek oder Grundschuld nachstehender Lasten bereit erklärt, dürfen nur dann berücksichtigt werden, wenn dieselben zugleich für sämmtliche der zu übernehmenden Last vorhergehende Hypotheken oder Grundschulden vollständige Deckung gewähren“.

[26]) Oben § 112 N. 48.

kein so hohes Gebot zu erzielen ist und andererseits vielfach die vor dem die Subhastation beantragenden Gläubiger eingetragenen Hypothekarier so sicher gedeckt sind, daß sie gar kein Interesse an der Auszahlung ihrer Forderungen haben, ist zweckmäßigerweise in einzelnen neueren Hypothekenordnungen bestimmt, daß die Forderungen, welche vor dem Posten des die Subhastation veranlassenden Gläubigers stehen, von derselben nicht berührt werden, sondern unverändert stehen bleiben und auf den Ersteher übergehen[27]).

§ 115. Die Erlöschung des Hypothekenrechts.

1. Abgesehen von dem Falle des Konkurses, der Subhastation und des Unterganges des Pfandobjekts[1]) erlischt die Hypothek nur

[27]) Neuvorpommern'sche H. O. v. 1868. § 138: „die Forderungen der Gläubiger, welche vor dem verkaufenden Gläubiger eingetragen sind, werden durch die Subhastation nicht berührt, sie bleiben unverändert stehen". — Hamburger Ges. v. 1868. § 66: „so weit ... die auf dem Grundstück eingetragenen Hypothekenposten nicht durch den öffentlichen Verkauf verloren gehen, sondern durch den Verkaufspreis gedeckt und nicht etwa wegen vorheriger Kündigung vom Käufer auszuzahlen sind, bleiben dieselben unverändert stehen und werden von dem Käufer in Anrechnung auf den Kaufpreis als Belastung des Grundstücks mit übernommen". — Vgl. Bähr Sollen durch die Zwangsversteigerung sämmtliche Hypotheken zahlbar werden? in Ihering's Jahbb. XIII. S. 182—214. Er vertheidigt, ohne übrigens zu berücksichtigen, daß solche Bestimmungen sich bereits in deutschen Partikularrechten finden, mit vollem Grunde die beiden Sätze (S. 188): „Es muß jedem Hypothekengläubiger gestattet sein, bei dem von einem andern Gläubiger betriebenen Zwangsverkauf seine Forderung, statt sie zur Baarzahlung zu liquidiren, stillschweigend innerhalb des Kaufpreises auf den Ersteher des Grundstücks übergehen zu lassen. So lange ein vorstehender Hypothekengläubiger durch das Meistgebot nicht gedeckt ist, darf ohne seine Zustimmung auf den Antrag eines nachstehenden Gläubigers der Zuschlag nicht erfolgen."

Uebrigens ist auch der zweite Satz partikulär anerkannt; grhzgl. hess. Ges. art. 107: „Hat ... ein nachstehender Pfandgläubiger auf die Zwangsversteigerung angetragen, so kann der Zuschlag ... ohne Einwilligung sämmtlicher vorgehender Pfandgläubiger nur alsdann geschehen, wenn ... der Erlös so groß ausfällt, daß die Summe ... die sämmtlichen, dem Antragsteller vorgehenden Ansprüche vollkommen deckt"; ebenso in der kurhess. Praxis, Seuffert XXXI. no. 121. Für diesen Satz auch Exner S. 515 N. 1.

[1]) Ein solcher Untergang des Pfandobjekts wird selten vorkommen; es würde dahin gehören die Vernichtung durch Wassergewalt oder Erdbeben. Aber inkorrekt ist es, wenn einzelne Hypothekenordnungen dahin auch das Abbrennen eines Gebäudes zählen (so die Baier. § 76 unter der Ueberschrift: „Untergang

durch Tilgung des Postens im Hypothekenbuch, durch die sog. Löschung[2]). „Die Löschung erfolgt auf Antrag des Eigenthümers oder auf Ersuchen einer zuständigen Behörde" und besteht in einer neuen Eintragung von Seiten der Buchbehörde in einer besonderen Rubrik neben der betreffenden Forderung[3]). Alle andern Aufhebungsgründe von Obligationen oder dinglichen Rechten sind nur Titel zur Löschung und geben dem Schuldner die Befugniß, die Löschung mit einer Klage zu erzwingen[4]).

Um die Löschung der Hypothek zu beantragen, hat der Eigenthümer den Hypothekenschein und die Genehmigung oder Quittung des eingetragenen Gläubigers, resp. seines gehörig legitimirten Rechtsnachfolgers, oder dessen Verurtheilung zur Bewilligung der Löschung beizubringen[4a]) oder den Nachweis zu führen, daß er selbst die Hypothek erworben habe[5]). Ohne Antrag des Eigenthümers, auf bloßes Verlangen des bezahlten Gläubigers darf die Hypothek nicht gelöscht werden, da der Eigenthümer möglicherweise ein Interesse an ihrem Fortbestand hat.

Der bezahlte Gläubiger ist, auch wo es an partikulären Vorschriften fehlt, zur Ausstellung einer Quittung verpflichtet[6]). Verweigert der bezahlte Gläubiger die Bewilligung zur Löschung, so

---

der Sache"); denn durch den Brand wird das Pfand nicht vernichtet, sondern verschlechtert; Gegenstand des Pfandrechts ist nicht das Gebäude, sondern die Area mit dem, was auf ihr gebaut ist.

Dem Fall des Unterganges ist aber gleichzustellen die zwangsweise Aufhebung der Hypotheken bei Expropriationen, Gemeinheitstheilungen, Zusammenlegungen u. s. w.; vgl. oben § 112. 4.

[2]) z. B. Baier. Ges. § 84, Sächs. GB. § 453, Mecklenb. H. O. f. Landgüter § 22, Stdtb. O. § 24, Preuß. Ges. § 57. — Das Preuß. Ldr. I. 20. § 520 sagt freilich: „So weit der Anspruch, für welchen die Hypothek bestellt worden, getilgt, so weit erlöscht ... das dingliche Recht des Gläubigers", worin sich noch eine Erinnerung an den accessorischen Charakter des gemeinrechtlichen Pfandrechts ausspricht, stellt dann aber doch weiter seine Detailsätze entsprechend dem obigen formalen Prinzip auf; vgl. auch N. 11.

[3]) Preuß. Ges. § 58.

[4]) Die Klage ist die actio negatoria; vgl. darüber oben § 96 N. 12.

[4a]) Ist dem Eigenthümer der jetzige Gläubiger des Postens unbekannt, so kann ein Aufgebotsverfahren erfolgen, Preuß. Grundb. O. § 103 ff., Exner S. 635.

[5]) Genauer Preuß. Ges. § 63 und Grundb. O. § 94.

[6]) Seuffert XXV. no. 18.

kann der Eigenthümer sich gegen ihm schädliche Dispositionen desselben über den Posten durch eine Vormerkung im Hypothekenbuch sichern[7]).

Im allgemeinen wird die Hypothek durch jede Löschung vernichtet, nach einzelnen Rechten nur, wenn sie rechtmäßig erfolgt ist[8]). War die Löschung zu Unrecht erfolgt, so ist die Hypothek auf Verlangen des Gläubigers oder von Amtswegen im Grundbuch wiederherzustellen. Doch kann eine solche neue Eintragung nicht zum Nachtheil derer wirken, welche nach der Löschung Rechte am Grundstück oder auf eine der gelöschten gleich- oder nachstehende Post in redlichem Glauben erworben haben[8a]). Die Restitution der Hypothek ist also unzulässig, wenn das Grundstück nach der Löschung auf einen neuen Eigenthümer in bona fide übergegangen ist; sind nach der Löschung neue Hypotheken eingetragen worden, so kann sie nicht ihre alte Stelle erlangen, sondern nur ihnen postlocirt werden. Der Schaden, welchen dadurch der Gläubiger erleidet, ist ihm, soweit er nicht gegen andere Personen eine Klage wegen unberechtigter Bereicherung hat, von den schuldigen Beamten zu ersetzen.

Eine unrechtmäßige Löschung gereicht aber nicht denjenigen Gläubigern zum Vortheil, welche damals bereits eingetragen waren. Sie haben keinen Anspruch darauf, den in Folge der Löschung durch Aufrücken gewonnenen Platz auch später zu behaupten[9]). „Wohl aber kommt eine solche Extabulation denjenigen zu statten, welche sich eine nachstehende schon vorher eingetragene Forderung erst nach erfolgter Löschung haben cediren oder verpfänden lassen, da diese bei der Cession oder Verpfändung auf die Sicherheit, so wie sie damals und nach erfolgter Löschung der vorstehenden Post beschaffen gewesen, getraut haben“[10]).

---

[7]) Preuß. Ges. § 60.

[8]) Z. B. sagt das Weimar'sche Ges. § 131: „Wenn ein eingetragenes oder vorgemerktes Recht eines Dritten unstatthafter Weise gelöscht worden. Ein solches Recht kann dieser Löschung ungeachtet durch die spätere Einzeichnung nicht beeinträchtigt werden;“ vgl. auch § 198.

[8a]) Preuß. Hyp. O. v. 1783. II. § 285 ff., Neuvorp.'sche Hyp. O. v. 1868. § 28, Preuß. Grundb. O. § 118; das Hannover'sche Recht berücksichtigt nicht bona oder mala fides, v. Bar S. 126.

[9]) Preuß. Hyp. O. v. 1783. II. § 286.

[10]) Preuß. Hyp. O. v. 1783. II. § 287: ähnliche Bestimmungen nach Hannover'schem Recht, v. Bar S. 126 N. 30, Regelsberger S. 484.

2. Die Hypothek geht nur durch Löschung unter; sie erlischt also nicht: 1) durch Bezahlung der Schuld[11]), vielmehr kann sie der Eigenthümer ungelöscht stehen lassen oder einem Andern cediren, oder fordern, daß sie auf ihn cedirt werde[11a]); 2) nicht durch Novation der Schuld[12]); 3) nicht durch Consolidation, sei es daß der Hypothekengläubiger das Eigenthum, sei es daß der Eigenthümer die Hypothek erwirbt[13]); die Consolidation giebt nur ein Recht auf die Löschung; 4) wenn das Forderungsrecht durch Verjährung untergegangen ist[14]). Wohl aber kann wegen verjährter Zinsen das Pfandrecht nicht mehr geltend gemacht werden[15]).

Partikulär erlischt die Hypothek auch noch aus einigen andern Gründen, so wenn sie unter einer Resolutivbedingung oder auf Zeit eingetragen war und die Bedingung eintritt oder die Zeit abgelaufen

---

[11]) Es ist lediglich eine ungenaue Formulirung, wenn scheinbar einige Hypothekenordnungen das entgegengesetzte bestimmen, vgl. oben N. 2. — Das Sächs. Hyp. G. § 100 sagt, es erlösche die Hypothek auch „durch Tilgung der Schuld, durch Ungültigerklärung der Forderung"; vgl. auch § 116. Dies wird nun aber § 124 modificirt: in den betreffenden Fällen „wird die Ursache des Erlöschens vermöge der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs in Bezug auf Dritte erst mit der wirklichen Löschung der Forderung im Grund- und Hypothekenbuche wirksam. Diese zuletzt erwähnten Ursachen des Erlöschens sind also nur als Rechtstitel zur Löschung zu betrachten, auf deren Grund letztere auf Antrag eines Betheiligten erfolgen muß." Aehnlich Baier. H. G. § 71 vgl. mit § 83, 84. — Sachs.-Weimar'sches Ges. § 157, 158: „Jede gültige Art der Tilgung oder jede andere Aufhebung der versicherten Forderung wirkt zugleich Erlöschung des dafür bestellten Pfandrechtes"; dagegen § 177: „bis zur erfolgten Löschung hat die Unterpfandsbehörde eingetragene ... Hypotheken und andere Rechte als fortbestehend zu betrachten."

[11a]) Erk. des RchsGer. V. no. 84.

[12]) Das entgegengesetzte folgerte aus der accessorischen Natur des Pfandrechts noch Hommel rh. no. 263, selbst wenn sie in den Büchern nicht gelöscht ist.

[13]) Vgl. auch oben § 113. II. 5, Oestr. GB. § 1446, Sächs. H. O. § 119, v. Meibom S. 276 N. 12—14, Exner S. 627 f. u. s. w. — Nach der Lübischen Stadtbuch-O. v. 6. Juni 1818 § 20 (Mascher S. 400 f.) erschien der Posten als getilgt, doch konnte der Pfandschuldner binnen 3 Monaten in seine Stelle einen andern von gleicher Größe treten lassen.

[14]) Schreiben des Preuß. Just.-Ministers v. 9. Mai 1840 (Just.-Min.-Bl. S. 174), sächs. GB. § 462. Vgl. auch noch v. Meibom S. 179, Reyscher II. § 339 no. 8, Römer S. 247, Regelsberger S. 479, Exner S. 254, 261 ff., 613.

[15]) z. B. Sächs. GB. § 462.

ist[16]). Nach einzelnen Rechten gilt eine Hypothek immer nur für eine bestimmte Reihe von Jahren und bedarf es vor Ablauf derselben der Erneuerung, um ihre Wirksamkeit zu erhalten[17]).

3. Die Löschung, d. h. die völlige Tilgung einer Hypothek im Grundbuch hat nach den meisten Hypothekenordnungen die Wirkung, daß die nachfolgenden Gläubiger ohne weiteres aufrücken und ihre Priorität verbessern[18]). Nach einzelnen andern dagegen tritt durch Löschung nur eine leere, offen bleibende Stelle ein, in welche der Eigenthümer später eine neue Hypothek eintragen lassen kann. Hier rücken die folgenden Gläubiger nur auf, wenn sich der Eigenthümer verpflichtet hat, keine neuen Hypotheken eintragen zu lassen und diese Verpflichtung im Hypothekenbuch vermerkt ist, oder wenn er von seiner Befugniß bis zur Subhastation keinen Gebrauch gemacht hat[19]).

---

16) z. B. Sächs. Hyp. O. § 100, Sächs. GB. § 451, Baier. H. G. § 71, 72, Würtemb. Ges. v. 1825. § 8, 134, Römer S. 246, Exner S. 628 ff.

17) Nach dem Weimar'schen Ges. v. 1839. § 186, 187, 190 gelten sie nur 50 Jahre, nach Baden'schem Recht (Ges. v. 5. Juni 1860. art. 1, Reg.-Blatt S. 213) nur 30 Jahre; um länger zu gelten bedarf es einer erneuten Eintragung; andere Bestimmungen bei Heimbach § 206 N. 2, § 216 N. 2, 3.

18) z. B. Preuß. G. § 62: „An die Stelle einer gelöschten Hypothek und Grundschuld darf eine andere nicht eingetragen werden, vielmehr rücken die nachstehenden Posten vor." — Im großherzogl. Hess. Pfand-Ges. art. 164 findet sich die Partikularität, daß wenn ein Titel zur Löschung vorhanden ist, auch der Besitzer einer Nachhypothek fordern darf, daß die Hypothek gelöscht werde.

19) So nach den mecklenb. Hyp.-Ordnungen, v. Meibom S. 265 ff. Ueber schweizerische Rechte vgl. v. Wyß Referat S. 62 ff. — In Schleswig-Holstein geschah die Löschung entweder vor oder hinter der Linie; in jenem Fall kann der Eigenthümer über den leeren Platz verfügen, in diesem rücken die spätern Gläubiger auf, Paulsen § 79.

Sechstes Kapitel. Das Recht besonderer Güterarten*).

Erster Abschnitt. Das Recht der Lehngüter.

§ 116. Einleitung.

Das Lehnrecht, welches Jahrhunderte hindurch große Partien des Rechtslebens der deutschen Nation beherrschte und auf das Staatsrecht, Privatrecht, den Prozeß, ja selbst auf das Kirchenrecht gestaltend einwirkte, ist jetzt dem völligen Absterben nahe. Waren früher Fürstenthümer, staatliche und kirchliche Hoheitsrechte, die mannigfaltigsten Vermögensrechte und Grundstücke verschiedener Art Lehnsobjekte gewesen, so beschränkt sich die Anwendbarkeit des Lehnrechts heutzutage fast lediglich auf Grundstücke. Aber auch in dieser Beziehung ist das Lehnrecht in manchen Ländern neuerdings ganz beseitigt oder nur noch in untergeordneter praktischer Geltung geblieben. Wir dürfen nicht mehr, wie für das Mittelalter, das Lehnrecht dem Landrecht, Stadtrecht, Dienstrecht und Hofrecht gegenüber stellen und es ebenso wenig in der wissenschaftlichen Darstellung von dem übrigen Privatrecht sondern.

Auch die jetzt gebräuchliche Systematik, wonach das Lehnrecht eine Unterabtheilung in der Lehre von den dinglichen Rechten bildet, entspricht nicht dem gegenwärtigen Rechtszustande, da an den bei weitem meisten Lehngütern der Besitzer, der ehemalige Vasall, nicht mehr bloß ein jus in re aliena (ein sog. dominium utile), sondern in Folge der Allodifikation wirklich Eigenthum hat. Andererseits ist aber dies Eigenthum in vielen Ländern im Anschluß an die früheren Verhältnisse noch besonders gestaltet und sind für dasselbe noch einzelne Institute des ältern Rechts erhalten worden. Dies sind zugleich Gründe, aus denen das Lehnrecht in der Darstellung des deutschen Privatrechts nicht ganz und gar übergangen werden darf. Vielmehr empfiehlt es sich, dasselbe als Recht der Lehngüter darzustellen und die antiquirten Grundsätze entweder nur kurz zu erwähnen oder zu übergehen[1]).

---

*) Ueber die systematische Anordnung vgl. oben § 71. 7.

[1]) Diese kürzere Behandlung ist auch dadurch gerechtfertigt, daß die

Literatur[3]).

Jo. Schilteri ad jus feudale utrumque Germanicum et Langobardicum introductio seu Institutiones etc. Argentor. 1695. 8 und öfter.

F. C. v. Buri ausführliche Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehenrechts. 2 Bände. Gießen 1738. 4; neue Ausgabe von J. F. Runde. 2 Bände. Gießen 1788, 89. 4.

G. L. Böhmer principia juris feudalis praesertim Longobardici, quod per Germaniam obtinet. Gött. 1765. 8; ed. 3. 1775. 8; ed. 8. cura Bauer 1819.

Schnaubert Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts in einem Kommentar über die Böhmer'schen principia juris feudalis. Braunschw. 1784. 4 (dazu zwei Fortsetzungen); 3. Aufl. Braunschw. 1799. 4.

Pätz Lehrbuch des Lehnrechts, herausgegeben und vollendet von Göde. Gött. 1808; öfter neu herausgegeben, z. B. Gött. 1837.

G. M. Weber Handb. des in Deutschland üblichen Lehenrechts nach den Grundsätzen G. L. Böhmer's. 4 Bände. Leipz. 1807—1811 und ein Heft Register. Leipz. 1818.

Dieck das gemeine in Deutschland gültige Lehnrecht im Grundrisse mit beigefügten Quellen. Halle 1823. 2. Ausg. 1827.

Mayr Handbuch des gemeinen u. Bayerischen Lehnrechts. Landsh. 1831.

Eine kürzere Behandlung findet sich auch in den meisten Lehrbüchern des deutschen Privatrechts.

Eine große Sammlung älterer Abhandlungen enthält: G. A. Jenichen thesaurus juris feudalis. 3 tomi. Francof. 1750—54. 4.

Partikuläres Lehnrecht:

α) Eine kurze Zusammenstellung der gegenwärtig geltenden partikularrechtlichen Grundsätze giebt Neubauer Zusammenstellungen des in Deutschland geltenden Rechts betr. Stammgüter, Familienfideikommisse, Familienstiftungen, bäuerliches Recht, Reallasten 2c., Lehngüter. Berlin 1879. S. 77—90.

Preußen: Dernburg Preuß. Privatrecht I. § 365—372. — Zettwach das Pommersche Lehnrecht nach seinen Abweichungen vom Preuß. allg. Landrecht 1832. — v. Wilmowski Beiträge zum Pommerschen Lehnrecht. Berlin 1870. — Pinder das Provinzialrecht der Kgl. Preuß. vormals Kgl. Sächs. Landestheile. 1836. I. § 200—784 und dazu II. S. 51—187. — C. F. Hoffmann Handbuch des im Kgl. Preuß. Herzogth. Sachsen gegenwärtig geltenden

---

Wissenschaft des Lehnrechts in neuerer Zeit nur eine geringe Pflege gefunden hat. So viel man sich auch mit der Entstehungsgeschichte der Lehen beschäftigt hat, so ist doch das Interesse an der dogmatischen Gestaltung fast ganz erloschen. Ich werde darum häufiger als sonst einfach auf andere Lehrbücher verweisen, besonders auf Eichhorn, v. Gerber und Beseler.

[3]) Ich führe nur die Hauptwerke an und verweise im übrigen auf Kraut § 32, 33, Beseler § 148 und für ältere Literatur auf G. M. Weber Handbuch des in Deutschland üblichen Lehnrechts I. S. 303—414.

Lehnrechts. Leipz. 1865. — Für Hannover: Grefe II. § 39—47, S. 114—138. — Ueber Fuldaisches Lehnrecht verzeichnet reiche Literatur Pfeiffer Prakt. Ausführungen V. S. 18 ff.; zu ihr gehören auch die Abhandlungen von Pfeiffer selbst I. no. 14, V. no. 1.

Sachsen: K. G. Zachariä Handb. des Kgl. Sächs. Lehnrecht. 1796; 2. Ausg. herausgegeben v. Weiße und v. Langenn. Leipz. 1823.

Mecklenburg: P. Roth Mecklenburgisches Lehenrecht. Rost. 1858.

Baiern: P. Roth Bayerisches Civilrecht. II. Tüb. 1872. § 199 ff., S. 502—547.

Würtemberg: Reyscher Württ. Privatr. II. § 348—394.

Thüringen: Vermehren Ueber den gegenwärtigen Zustand des Lehnswesens in den zu dem Gesammt-Oberappellationsgericht zu Jena vereinigten Staaten. Jena. 1862.

Quellen (vgl. auch unten hinter § 117 die Anmerkung).

Eine große Sammlung älterer Lehnrechtsquellen enthält:

Lünig Corpus juris feudalis Germanici, das ist: Sammlung derer Teutschen Lehen-Rechte und Gewohnheiten, Worinnen nicht nur die allgemeinen Reichs-Lehen-Rechte, Sondern auch die in denen Teutschen Provintzien hergebrachte Jura Feudalia, in ihrer Ordnung, mehrentheils aus ungedruckten Nachrichten, beygebracht worden; Nebst einer vollständigen Bibliotheca Juris Feudalis. 3 Bände[3]). Frankf. a. M. 1727. fol.

Senckenberg Corpus juris feudalis Germanici oder vollständ. Sammlung der deutschen gem. Lehnsgesetze. Gießen 1740, 2. Ausg. von Eisenhart. Halle 1772. 8.

Lehnsgesetze neuerer Zeit:

Kursächsisches Mandat, wie es in Suchung und Renovation der Lehen und Mitbelehenschaften, auch sonst in Lehnssachen gehalten werden soll, v. 30. April 1764 (auch gedruckt in Zachariä's Sächs. Lehnr. 2. Ausg. S. 355 ff.).

Preußisches Landrecht I. 18. § 13—679. — Suarez sagt in der Schluß-Revision S. 87 f.: „Es hat jede unserer Provinzen, wo noch Lehne vorhanden sind, ihre eigenthümliche Gesetze und Constitutiones, die so himmelweit von einander verschieden sind, daß auch der mühsam angestellte Versuch, mit Hülfe der Induktion gewisse allgemeine Prinzipien daraus zu abstrahiren, nicht hat gelingen wollen." Er habe daher in diesem Titel geliefert: „ein jus feudale universale im philosophischen Sinne, dem nur so viel Positives beigemischt worden, als irgend aus den verschiedenen Special-Lehnrechten und Lehns-Constitutionen als eine Regel, die wenigstens bei den meisten Lehnen und in den meisten Provinzen gilt, abstrahirt werden kann." — Interessant ist: Revidirter Entwurf des Lehnrechts. Als Manuskript für die Berathungen gedruckt (mit Motiven). Berlin 1838. 4; hier findet sich S. 1—17 ein genauer Nachweis

---

[3]) Irrthümlich führt Eichhorn vor § 5 nur 2 Bände an.

über den damaligen Bestand des Lehnrechts in den Preußischen Provinzen. Zu einer Revision des allgemeinen Landrechts ist es nicht gekommen, wohl aber zu zahlreichen Allodifikationsgesetzen. Vgl. unten die Anmerkung zu § 117.

Altenburgisches Lehnsmandat v. 5. Juni 1795.

Gothaisches Lehnsmandat v. 6. Jan. 1800 (sehr ausführlich, in 235 Paragraphen); vielfach mehr in der Form einer doktrinären Darstellung, als eines Gesetzes.

Badensches Lehnsgesetz v. 12. Aug. 1807 („Fünftes Constitutions-Edikt über die Lehnsverfassung"). Es hat eine durchaus doktrinäre Haltung und hebt alle ältern Lehnsgesetze und Gewohnheiten auf. § 1 a. E. bestimmt: „der Lehensverband bleibt daher in Unserm Staat fernerhin eine erlaubte und gesetzmäßige Rechtsform, jedoch nur unter den Bedingungen und Bestimmungen, welche gegenwärtige Urkunde ausspricht."

Königl. Baierisches Lehnsedikt v. 7. Jan. 1808 (auch abgedruckt bei Weber IV. S. 757 ff. und Mayr S. 392 ff.). Es bestimmt am Schluß, daß fernerhin „alle übrigen sowohl gemeinen, als besondern Lehnrechte und Gewohnheiten keine verbindende Kraft mehr haben sollen" und will an Stelle der bis dahin in Baiern geltenden sehr verschiedenen Lehnrechte ein gemeines Recht aufstellen; vgl. C. F. Arnold Prakt. Erörterungen I. no. 6 S. 133 ff.

Das Waldecker Lehnsedikt v. 1. Sept. 1670 wird erneuert durch Gesetz v. 19. Febr. 1827 (Reg. Blatt. 1827. S. 11).

Die neueren Allodifikationsgesetze sind unten in der Anmerkung zu § 117 angeführt.

§ 117. Geschichte des Lehnswesens.

1. Während die fränkischen Könige ihren hohen Beamten oder sonst verdienten Leuten ursprünglich Grundstücke zu Eigenthum zu schenken pflegten, kommen seit dem Anfange des 8. Jahrhunderts auch nichterbliche Verleihungen auf Lebenszeit (beneficia) vor, welche den Empfänger (vasallus) zur Treue und zu Diensten gegen den König verpflichten. Das Lehns- oder Benefizialverhältniß setzt sich aus zwei Elementen zusammen: einem persönlichen (senioratus), welches den König, den Herrn (senior) zum Schutz seines Manns (vasallus) und diesen zu Dienst und Treue verpflichtet, und einem dinglichen, indem der Vasall durch die Beleihung ein lebenslängliches Nutzungsrecht an einem Grundstück erhält.

Bald vergaben aber auch andere Personen als der König Grundstücke zu Lehen, sei es ein ihnen gehöriges Allod, sei es ein Grundstück, welches sie selbst bereits zu Lehen empfangen hatten.

So giebt es königliche und andere Vasallen; letztere sind gleichfalls ihrem Herrn zum Dienst verpflichtet und müssen unter seiner Anführung ihrer Heerespflicht nachkommen[1]).

2. In den folgenden Jahrhunderten nahm das Lehnswesen in Folge verschiedener Umstände außerordentlich an Bedeutung zu:

a) Es bildete sich die Sitte aus, das Lehen auch den Erben der Vasallen zu belassen. Das Lehnrecht wurde ein fest vererbliches Recht, welches dauernd die Familie des Vasallen mit der des Lehnsherrn verband. Darum waren zahlreiche Grundeigenthümer bereit, ihr Allod in Lehen zu verwandeln[1a]), indem sie es einem vornehmen Mann, ihrem künftigen Lehnsherrn, zu Eigenthum gaben, unter der Verpflichtung desselben, es ihnen als Lehn zurück zu übertragen. Durch eine derartige Lehnsauftragung (feudi oblatio) wird der frühere Eigenthümer Vasall[2]).

b) Nicht bloß Grundstücke, sondern auch Berechtigungen, welche

---

[1]) Ueber die Geschichte des fränkischen Lehnswesens vgl. Waitz deutsche Verfassungsgeschichte II—IV, VI, über die Anfänge der Vasallität 1856 (in den Abhh. der Kgl. Gesellsch. der Wiss. zu Göttingen VII. S. 69—144), Artikel: Lehnwesen in Bluntschli's Staatswörterbuch VI. S. 350 ff., die Anfänge des Lehnswesens in v. Sybel's hist. Zeitschr. XIII. S. 90—111, und andererseits P. Roth Gesch. des Benefizialwesens 1850, besonders S. 350 ff., Feudalität und Unterthanenverband 1863. Auf die Differenzen in ihren Ansichten einzugehen ist hier nicht der Ort. — Sodann Ehrenberg Commendation und Huldigung nach fränkischem Recht. Weimar 1877. — C. Schilling die lehn- und erbrechtlichen Satzungen des Waldemar-Erich'schen Rechts. Mitau (1879).

[1a]) Wie sehr der allodiale Grundbesitz zusammenschmolz vgl. z. B. Schilling S. 137 ff.

[2]) Urkunden über solche feudi oblationes z. B. bei Kraut § 203. Vgl. auch Mayr § 63 N. 8, v. Gerber § 112 N. 12 ff. — Sachsensp. I. 34. § 2 sagt, daß diese nachfolgende Verleihung dem Herrn nicht helfe, wenn er nicht das Gut Jahr und Tag in seinen lediglichen Geweren behalten habe. Indessen wurde dies im Leben oft nicht beobachtet, und es verlieh der neue Lehnsherr auch vor Ablauf des sächsischen Jahrs das Gut dem ehemaligen Eigenthümer; so behält z. B. Dronke C. Fuld. no. 761. a. 1061 der Erwerber das Gut nur 2 Wochen; vgl. auch die Nachweisungen bei Homeyer Sachsensp. II. 2. S. 316 f. Dagegen finden wir ein solches Intervall z. B. in der Schweizer Urkunde v. 1284 (Arch. f. Oestr. Gesch.-Quellen VI. S. 139) beobachtet. — Der Grund für jene Regel des Sachsenspiegels ist bestritten, vgl. Stobbe Gewere S. 472, Laband vermögensr. Klagen S. 294, Heusler Gewere S. 170 f., Planck Ger. Verfahren I. S. 482 f.

einen dauernden Genuß oder sichere Einkünfte gewährten und für welche man im allgemeinen die Grundsätze des Immobiliarsachenrechts zur Anwendung brachte[3]), so die Rechte des Herzogthums, der Grafschaft, der Gerichtsbarkeit, die Jagd, Bergwerksgerechtigkeit, die Vogtei, einzelne Reallastenberechtigungen u. s. w. wurden von den Königen und dann wieder von den königlichen Vasallen weiter zu Lehen verliehen. So durchzog das Lehnswesen den gesammten Staat: die Landesherrn, Richter, Beamten u. s. w. waren Vasallen des Königs oder sonstiger Lehnsherrn und übertrugen das ihnen zustehende Recht oder einzelne Theile oder Ausflüsse desselben wieder weiter.

c) Aehnlich, aber in bescheidnerem Maß entwickelten sich die Verhältnisse auch für die Ministerialen des Kaisers und der Landesherrn. Der Kaiser, die Aebte, Bischöfe und weltlichen Landesherrn verliehen an ihre vornehmeren unfreien Untergebenen, an die Ministerialen gleichfalls Grundstücke und einzelne Rechte. Auch diese Hoflehen wurden erblich. Seitdem die Ministerialen selbst die letzten Spuren der Unfreiheit von sich abstreiften und sich mit den freien Vasallen und Schöffenbarfreien zum Stande des niedern Adels vereinigten, nahmen auch die Hoflehen im allgemeinen die Natur von wahren Lehen an.

3. Das Lehnrecht wurde theils durch die Gesetze des deutschen Kaisers[4]), theils autonomisch durch Vereinbarungen der Lehnsherrn mit ihren Vasallen festgestellt und durch Uebung in den Lehnsgerichten weiter entwickelt. Sobald in Deutschland Versuche einer wissenschaftlichen Darstellung des Rechts gemacht wurden (Rechtsbücher), wandte man sich auch dem Lehnrecht zu. Die Verfasser des Sachsenspiegels, Deutschenspiegels und Schwabenspiegels haben in eigenen Theilen auch das Lehnrecht dargestellt. Wegen der Ausführlichkeit und Bestimmtheit dieser Quellen[5]) kam es im allgemeinen

---

[3]) Vgl. oben I. § 63 N. 23 ff.

[4]) Stobbe Gesch. der deutschen Rechtsquellen I. S. 473 ff.

[5]) Ueber die Vorzüge von Eicke's sächs. Lehnrecht vgl. Sohm in Grünhut's Zeitschr. f. d. Privat- u. öffentliche Recht I. S. 247. — Eine Darstellung des Lehnrechts nach den sächsischen Rechtsbüchern und den mittelalterlichen Urkunden hat Homeyer System des Lehnrechts der sächs. Rechtsbücher (Sachsenspiegel II. 2. 1844. S. 261—634) geliefert.

für das Lehnrecht nicht zu so partikulären Rechtsbildungen[6]), wie in andern Rechtstheilen.

Andererseits wurde aber auch die Neigung zum Partikularismus durch die Reception eines gemeinen Lehnrechts bekämpft. Schon früher als in Deutschland waren die lehnrechtlichen Grundsätze in der Lombardei verzeichnet worden. Aus verschiedenen, theils wissenschaftlichen, theils gesetzlichen Bestandtheilen waren in den achtziger Jahren des 12. Jahrhunderts die sog. Libri feudorum compilirt worden[7]). In Folge ihrer Aufnahme in das Corpus juris civilis fanden sie in Deutschland Beachtung und wurden besonders seit der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts als gemeines subsidiäres Recht recipirt[8]). Vielfach wurden durch dieselben die deutschen, in den Rechtsbüchern enthaltenen Sätze zurückgedrängt und außer Uebung gesetzt; die Vorliebe für das fremde Recht konnte hier um so erfolgreicher eingreifen, als zahlreiche langobardische Sätze auf kaiserlichen, wenn auch für Italien erlassenen Gesetzen beruhten.

Doch blieb es in einzelnen Ländern, besonders in denen sächsischen Rechts, trotz der Reception in manchen wichtigen, geradezu entscheidenden Punkten bei der deutschen Uebung und den Bestimmungen des sächsischen Lehnrechts, welche durch die Praxis ihre weitere Entwickelung erhielten. Andererseits erließen die Landesherrn in späterer Zeit partikuläre Lehnsgesetze[9]), Mandate, Edikte, um das einheimische Recht festzuhalten.

4. Seit dem Schluß des Mittelalters nahm die praktische

---

[6]) Zu den in meiner Gesch. der Rechtsquellen I. S. 577 ff. angeführten Quellen ist noch hinzuzufügen: ein Weisthum über Cölner Lehnrecht bei Grimm Weisthümer IV. S. 776 f., eine Belehrung über das Magdeb. Lehnrecht v. J. 1440, herausgegeben von Steffenhagen in d. altpreuß. Monatsschrift II. S. 611 ff. und in s. deutschen Rechtsquellen in Preußen. 1875. S. 105—110.

[7]) Stobbe Gesch. der deutschen Rechtsquellen I. § 58.

[8]) Stobbe I. S. 655 f., II. S. 133 f. — Der Streit darüber (vgl. literarische Angaben bei Spangenberg in Hagemann's Erörterungen VIII. 2. S. 133 N. 2), ob die capitula extraordinaria Gesetzeskraft besäßen, ist dahin zu entscheiden, daß auch für das Lehnrecht der Grundsatz gilt, daß nur die glossirten Theile das Corpus juris legis vicem haben; da nun Accursius die capitula extraordinaria nicht in dem von ihm zu Grunde gelegten Text besaß, können sie nur zur Interpretation der andern Capitel gebraucht werden.

[9]) Stobbe Quellengeschichte II. S. 267 und oben Anmerkung zu § 116.

Bedeutung des Lehnrechts aus verschiedenen Gründen ab. Freilich erhielt sich der Lehnscharakter der Territorien bis zur Auflösung des Reichs und gingen zahlreiche Grundstücke von den Landesherrn zu Lehen. Aber der Feudalismus wurde doch an vielen Stellen gebrochen; staatsrechtliche Befugnisse und Hoheitsrechte wurden nicht mehr zu Lehn vergeben; der Lehnsdienst verlor seit der völligen Aenderung der Kriegführung und dem Ueberwiegen der Söldnerheere an Wichtigkeit für den Lehnsherrn; der Schutz, welchen der Lehnsherr seinem Vasallen zu leisten hatte, war seit der Ausbildung eines gleichmäßigeren Unterthanenverbandes und einer gleichartigeren Staatshoheit für den Vasallen von geringem Werth. Die Privatlehen kamen auf verschiedenem Wege in Abgang; die meisten Lehen in den Territorien waren entweder von den Landesherrn oder von großen Magnaten abhängig, welche ihre vom Landesherrn empfangenen Güter weiter verliehen hatten, so daß die Lehnsherrlichkeit regelmäßig mit einer allgemeinen staatsrechtlichen Hoheit zusammenfiel[10]).

5) Durch die immer weitere Ausdehnung des Erbrechts in Lehen und durch die zahlreich ertheilten Mitbelehnungen oder Eventualbelehnungen verringerte sich die Wahrscheinlichkeit für den Lehnsherrn, je wieder in den Genuß des Lehns zu kommen. Da weiter der Lehnsdienst für ihn jede Realität verloren hatte und sich auf symbolische, werthlose Ehrendienste beschränkte und auch die Einnahmen nicht besonders hoch waren, welche er für die Belehnung und für die Ertheilung seines Consenses bei Veräußerungen bezog[11]), schritt man schon zu Zeiten des alten Reichs zu Ablösungen der Lehnsherrlichkeit, zu Allodifikationen[12]).

So ordnete der Preußische König Friedrich Wilhelm I. durch Gesetz vom 5. Jan. 1717 die Aufhebung aller Adels-, Schulzen- und Bauernlehen gegen billige, jährlich zu entrichtende Geldzahlungen an; ausgenommen wurden die Thron- und Erbämterlehen, die

[10]) Ueber Privat- und Afterlehen in der Provinz Sachsen vgl. Pinder I. § 2444 ff. u. II. S. 604 ff.

[11]) Eichhorn über die Allodifikation der Lehen. 1828. S. 22 ff.

[12]) Im Polnischen Preußen hatte König Kasimir bereits im J. 1476 auf alle lehnsoberherrlichen Rechte verzichtet; vgl. die Urkunde bei Leman Provinzialrecht der Provinz Westpreußen. II. 1832. S. 3 f. Demgemäß gab es auch in der neueren Zeit keine Lehen in dem Regierungsbezirk Danzig und Marienwerder.

feuda extra curtem und die auf zwei Augen stehenden oder beanwartschafteten Lehen. Doch wurde das Gesetz nur langsam und sehr unvollständig in den einzelnen Landestheilen zur Ausführung gebracht[13]).

Die Auflösung des deutschen Reichs beseitigte mit einem Schlage die Lehnsabhängigkeit der Landesherrn. Sie hätte für die Mediatisirten auch zur Folge haben müssen, daß sich ihre vom Kaiser herrührenden Lehen in Allod verwandelten. Nichts desto weniger haben in mehreren Ländern die Landesherrn die erloschene Lehnsherrlichkeit des Reichs für sich in Anspruch genommen und die ihnen jetzt unterworfenen Mediatisirten zu ihren Vasallen gemacht[14]).

Sodann verzichteten vielfach seit dem Anfange dieses Jahrhunderts, zunächst im Rheinbunde[15]), dann auch in andern Territorien, die Landesherrn in Staatsverträgen auf jede Lehnsherrlichkeit, welche sie an Lehen in Territorien anderer Landesherrn besaßen[16]), oder sie erklärten auch durch einseitigen Akt die fremde Lehnsherrlichkeit in ihren Territorien für erloschen und auf sie über-

---

[13]) Koch Preuß. Privatrecht I. § 6. S. 27 f. — In Neuvorpommern und Rügen wurde unter schwedischer Herrschaft durch Patent v. 18. Febr. 1811 die Lehnsherrlichkeit aufgehoben. Vgl. darüber Anschütz über die Erbfolge in die neu-vorpommerschen und rügenschen Lehngüter. 2. Aufl. Halle 1864.

[14]) So erklärte z. B. der König von Sachsen im Patent v. 23. Aug. 1809 (K. S. Zachariä Sächs. Lehnrecht § 1 N. 2), daß er sich bewogen gefunden habe, „die Lehnsherrlichkeit über die in Unseren sämmtlichen Landen gelegenen vormals von Kaiser und Reich oder von einem der jetzigen Bundes-Souverains oder irgend einem auswärtigen Lehnsherrn ohne Unterschied und Ausnahme abhängig gewesenen Lehne für Uns angefallen zu erklären." — Dagegen bestimmte der König von Preußen durch die Instruktion vom 30. Mai 1820. § 22, daß Lehen, welche Standesherren unmittelbar von Kaiser und Reich besäßen, als allodificirt gelten. — Nachweisungen bei H. A. Zachariä Staatsrecht § 37 N. 13 (2. Ausg. N. 12), Heffter die Sonderrechte der souveränen und der mediatisirten Häuser Deutschlands 1871. § 92 N. 3—5, § 104 N. 2, 3.

[15]) z. B. Rheinbundsakte art. 34: Verzicht jedes der verbündeten Fürsten à tout droit actuel, qu'il pourrait avoir ou pretendre sur les possessions des autres membres.

[16]) Vgl. Kraut § 198 N. 9—13. Gegenseitiger Verzicht zwischen Sachsen und Preußen im art. 6 des Wiener Friedens; über Hannover Grefe II. S. 115 f., über Würtemberg Reyscher § 351 N. 4. — Baden'sches Lehnsedikt § 3.

gegangen[17]). So wurde die Zahl der sog. feuda extra curtem sehr verringert, d. h. derjenigen Lehen, welche der Lehnsherrlichkeit und Lehnsgerichtsbarkeit eines andern Landesherrn unterworfen waren, als desjenigen, in dessen Territorium sie lagen[18]).

Man schritt dann auch allgemeiner zur Allodifikation und hob entweder einfach die Lehnsherrlichkeit auf oder erklärte sie für ablösbar. Besonders wirkte nach dieser Richtung die Gesetzgebung der französischen Revolution ein, welche den Feudalismus abzuschaffen suchte und den Lehnsverband ganz aufhob[19]). Sie wurde in einem großen Theil von Deutschland eingeführt[20]) und nach Beendigung der französischen Okkupation nur theilweise wieder beseitigt[21]). Aber auch die deutsche Gesetzgebung selbst wurde jetzt von ähnlichen politischen und ökonomischen Tendenzen in Betreff der Landgüter beherrscht[22]); das Recht des Grundbesitzers sollte von allen hemmenden dinglichen Rechten anderer Personen und von Beschränkungen in der Veräußerung und Verschuldbarkeit befreit werden.

Eine neue Anregung brachte das Jahr 1848. Wenn auch § 39 der Grundrechte:

---

[17]) z. B. Sachsen in dem Patent von 1809, vgl. Anm. 14.

[18]) Doch darf man nicht mit Beseler § 39 N. 19 die allgemeine Aufhebung der feuda extra curtem für Deutschland behaupten; vgl. Seuffert XI. no. 167, Zachariä Staatsrecht § 36 N. 25, 26, Heffter Sonderrechte § 98. S. 180 f. Das Gegentheil ergiebt sich auch daraus, daß sie z. B. in Preußen theilweise bestehen blieben; vgl. unten in der Anmerkung.

Die Frage, ob die Lehnsabhängigkeit eines heutigen Landesherrn mit seiner Souveränetät verträglich sei, gehört in das Staatsrecht. Herbert Pernice summum principum Germanicorum imperium num possit et quatenus possit nexui feudali subjectum esse. 1855. vertheidigt entgegengesetzt dem Bundesbeschluß vom 20. Jan. 1848 den Fortbestand des Lehnsverbandes. Ich halte diese Ansicht für irrig; nur das eventuelle Erbrecht des ehemaligen Lehnsherrn läßt sich rechtfertigen, vgl. Zachariä Staatsrecht § 214 N. 5, Zöpfl Staatsrecht § 259, Heffter § 92.

[19]) Die betreffenden Gesetze von 1789—1793 sind angeführt bei Zachariä franz. Recht I. § 198.

[20]) z. B. Allodifikations-Dekret für das Königreich Westphalen vom 28. März 1809.

[21]) Nachweisungen bei Zachariä französ. R. I. § 198 Anm. S. 494—496, Mayr § 164 N. 15, 16.

[22]) K. Fr. Eichhorn über die Allodifikation der Lehen. Gött. 1828; Rösler Verwaltungsrecht I. § 172.

„Aller Lehnsverband ist aufzuheben. Das Nähere über die Art und Weise der Ausführung haben die Gesetzgebungen der Einzelstaaten anzuordnen",

sehr bald seine formelle Geltung verlor, so haben doch die meisten Staaten die Lehnsherrlichkeit beseitigt, besonders für solche Lehen, welche nicht vom Landesherrn selbst verliehen waren (Privatlehen und Afterlehen). Aber auch die landesherrliche Lehnsherrlichkeit ist meistens gefallen; bald ist sie einfach aufgehoben, bald gegen Zahlung eines Procentsatzes von dem Werth des Lehns für ablösbar erklärt; öfter werden noch die Lehen ausgenommen, bei welchen ein baldiger Heimfall zu erwarten steht (Lehen auf zwei oder vier Augen). Manche dieser Gesetze heben aber auch die Rechte der Agnaten und Mitbelehnten auf und beseitigen die Beschränkungen des Besitzers in der Disposition über sein Gut. Indem die Partikularrechte bald mehr, bald weniger energisch die Allodifikation durchgeführt haben, hat das Lehnrecht, welches sich in früheren Jahrhunderten gleichmäßig durch das Gewohnheitsrecht und auf gemeinrechtlicher Basis entwickelt hatte, wiederum einen äußerst partikulären Charakter erhalten.

Ganz übergangen kann es in einem Handbuch des deutschen Privatrechts nicht werden, da auch für allodifizirte Güter in vielen Ländern noch die lehnrechtlichen Prinzipien über die Succession, über die Rechte der Agnaten und Mitbelehnten, über die Behandlung der Lehnsschulden, über die Trennung des rein allodialen Vermögens vom Lehnsvermögen u. s. w. bestehen geblieben sind[23]).

---

[23]) So sagt einer der neuesten Schriftsteller über das Lehnrecht, v. Wilmowski (Beiträge zum Pommerschen Lehnrecht 1870. S. III): „Jeder, welcher sich mit pommerschem Lehnrecht eingehend beschäftigt hat, muß von Herzen wünschen, daß für das praktische Leben jede Spur davon bald vollständig begraben wird. Indeß fristet einmal das Gesetz vom 4. März 1867 noch einer beträchtlichen Anzahl von pommerschen Lehen auf längere Zeit, voraussichtlich selbst auf Generationen, das zähe Leben. Ferner drängt dies Gesetz bei solchen Lehnen, sowie auch bei den schon jetzt und in nächster Zeit gesetzlich aufgehobenen Lehnen, durch die Vorbehalte und Entschädigungen eine Menge von Ansprüchen und Fragen zur Erwägung und Entscheidung in den Vordergrund, welche sonst vielleicht noch Jahrzehnte oder überhaupt unerledigt geblieben wären."

Anmerkung.

Uebersicht über die deutschen Allodifikationsgesetze.

Oestreich. Ges. v. 17. Dez. 1862 über die theilweise Aufhebung des Lehnsbandes; gänzlich beseitigt wurde dasselbe in den einzelnen Provinzen durch besondere Gesetze innerhalb der Jahre 1867—1869; vgl. die Nachweisungen bei v. Kirchstetter zu § 361.

Preußen (vgl. auch oben S. 414 f.). Das Allgemeine Landrecht I. 18. § 81, 87 hatte noch die Errichtung neuer Lehen mit landesherrlicher Genehmigung zugelassen. Die Preuß. Verf. Urkunde v. 31. Jan. 1850 bestimmt art. 40: „die Errichtung von Lehen ... ist untersagt. Die bestehenden Lehen .. sollen durch gesetzliche Anordnung in freies Eigenthum umgestaltet werden"; art. 41: „vorstehende Bestimmungen finden auf die Thronlehen, ... sowie auf die außerhalb des Staats belegenen Lehen ... zur Zeit keine Anwendung."

Das Ges. v. 2. März 1850. § 2 hebt ohne Entschädigung auf: „das Obereigenthum des Lehnsherrn und die lediglich aus demselben entspringenden Rechte ... bei allen innerhalb des Staats belegenen Lehnen mit alleiniger Ausnahme der Thronlehne"; bestehen blieben jedoch die Berechtigungen auf Abgaben oder Leistungen, soweit sie nicht im Gesetz besonders aufgehoben seien, § 5.

Wiederholt bestimmte dann das Preuß. Gesetz v. 5. Juni 1852 art. 2: „die Errichtung von Lehen ist untersagt; der in Bezug auf die vorhandenen Lehen noch bestehende Lehnsverband soll durch gesetzliche Anordnung aufgelöst werden"; art. 3: „auf Thronlehen und auf außerhalb des Staats liegende Lehen finden diese Sätze keine Anwendung." — Thronlehen sind solche Lehen, welche von dem Landesherrn persönlich vor dem Thron verliehen werden; in Preußen sind es die schlesischen Fürstenthümer Sagan, Oels, Troppau und Jägerndorf, das in Posen belegene Fürstenthum Krotoschin, die Lehen der mediatisirten Fürsten und Grafen Stolberg, Wittgenstein, Hohen-Solms, Solms-Braunfels, Wied, Rönne Preuß. Staatsrecht (3. Aufl.) I. 2. § 95. S. 138 N., Schulze Preuß. Staatsrecht I. S. 417 N. 1.

Von solchen Gesetzen, welche den Lehnsverband in einzelnen Provinzen aufheben, ist anzuführen: das v. 10. Juni 1856, betreffend die erleichterte Umwandlung Alt-Vorpommerscher und Hinterpommerscher Lehen in Familienfideikommisse; d. Gesetz v. 4. März 1867, welches den Lehnsverband für Alt-Vorpommern und Hinterpommern aufhebt (vgl. über dasselbe die angeführte Schrift von v. Wilmowski, besonders S. 112 ff.) und dazu das Nachtragsgesetz vom 27. Juni 1875. In

Neuvorpommern ist das Lehen schon längst ohne Bedeutung, Neubauer Zusammenstellung S. 78.

Das Gesetz v. 23. Juli 1875, betreffend die Auflösung der nach dem Lehnrecht der Kurmark, Altmark und Neumark zu beurtheilenden Lehne: innerhalb vier Jahren können sie durch Familienschluß in freies Eigenthum oder unter Zustimmung der beiden nächsten Agnaten in Familienfideikommisse für die zur Lehnssuccession berufenen Familienglieder verwandelt werden. Außerdem verliert das Gut seine Lehnseigenschaft, wenn der Besitzer lehnsfähige Descendenten hat; falls er solche nicht hat, vererbt er das Gut nach Recht und Ordnung der bisherigen Lehnsfolge; hat der dann zur Succession gelangende Agnat oder Mitbelehnte lehnsfähige Descendenz, so verliert das Gut in seiner Hand die Lehnseigenschaft. Derjenige, in dessen Hand diese Eigenschaft untergeht, hat die Wahl, ob er es gegen 10 Procent Abfindung nach Abzug der Lehnsschulden als freies Eigenthum behalten oder in ein Fideikommiß verwandeln will. — Ueber die Mark auch noch Ges. v. 28. März 1877.

Außerdem: Ges. v. 3. Mai 1876 betr. die Auflösung des Lehnsverbandes in der Provinz Westfalen und in den Kreisen Rees, Essen, Duisburg und Mühlheim a. d. R.; Ges. v. 19. Juni 1876 in Betreff Schlesiens; Ges. v. 16. März 1877 für den Geltungsbezirk des Ostpreuß. Provinzialrechts; Ges. v. 28. März 1877 für die Provinz Sachsen mit einem Nachtrag v. 10. März 1880.

Ueber Hannover, wo die Rechte der Agnaten und sonstigen Lehnsfolger auf ein allodifizirtes Lehen ohne Entschädigung aufgehoben werden, dagegen noch einmal nach dem bestehenden Lehnrecht succedirt wird und der Lehnsherr bei der Allodifikation zu entschädigen ist, vgl. die Gesetze vom 13. Apr. 1836, 19. Juli 1848, 24. Jan. 1851 und Wachsmuth in d. Magazin f. Hannov. R. V. (1855) S. 207—232, 361—375, VI. (1856) S. 3—31, 157—184, 317—337, Grefe II. S. 136—138.

In Kurhessen wurde durch Gesetz vom 26. Juni 1848 und v. 20. Juni 1850 der Lehnsverband mit Ausnahme der Thron- und Außenlehen und der auf vier oder weniger Augen stehenden Lehen aufgehoben; § 4 bestimmt die Entschädigungen für die Aufhebung des Heimfallrechts.

Baiern. Vgl. Pözl Baier. Verfassungsrecht § 71, Comment. zu dem Gesetz v. 4. Juni 1848. Erl. 1854 (in Dollmann's Gesetzgebung des Königreichs Bayern. I. 4), Roth II. S. 545 ff. Das Lehnsedikt von 1808. § 200—205 ließ die Allodifikation mit Uebereinstimmung aller lebenden Lehnsfolger gegen Ablösung der Lehnsherrlichkeit eintreten; die Thronlehen und mit Gerichtsbarkeit versehenen Canzleilehen blieben ausgenommen. § 22, 24—33 bestimmt die Allodifikation aller Privat-

und Afterlehen. — Nach dem Gesetz v. 4. Juni 1848, die Ablösung des Lehnsbandes betreffend, werden feuda emtitia und oblata auf Antrag des Vasallen ohne Entgelt allodifizirt. Bei andern Lehen kann das Obereigenthum gegen Zahlung von bestimmten, im Gesetz normirten Procenten des Gutswerths abgelöst werden; doch bleiben die Rechte, insbesondere die Erbrechte der Lehnsfolger, bestehen. Ausgeschlossen ist die Allodifikation der thronlehnbaren Würden und der auf königlicher Dotation oder Staatsverträgen beruhenden Lehen; vgl. über den letzten Punkt Pözl Commentar S. 354.

Würtemberg. Nach dem Ges. v. 8. Okt. 1874 erlischt das Obereigenthum für alle Lehen mit Ausnahme der Kronlehen und derjenigen Mannlehen, „bei welchen zur Zeit der Verkündigung des Gesetzes nicht mehr als zwei in der Belehnung begriffene lehnsfähige Personen in einem Alter vom zurückgelegten ersten bis zum zurückgelegten 60. Lebensjahre vorhanden sind.“ Im Erbrecht bleibt es beim alten.

Sachsen. Die Allodifikation der Lehen, an denen der König die Lehnsherrlichkeit hat, wurde vorbereitet durch die Deklarationen vom 22. Febr. 1834 und vom 3. Juni 1852. Durch Deklaration v. 22. Mai 1872 verzichtete der König auf alle ihm zustehenden lehnsherrlichen Rechte; durch Gesetz von demselben Tage wird bestimmt, daß keine neuen Lehen errichtet und keine Mitbelehnungen vorgenommen werden sollen; die Rechte der Mitbelehnten bleiben zunächst noch bestehen, wenn sie in das Lehnsregister eingetragen sind; über dies Register vgl. die Verordn. v. 23. Mai 1872 (G. S. S. 271 f.). — Auch die Fürsten und Grafen von Schönburg, sowie die sämmtlichen Gevettern des Pflugk'schen Geschlechts verzichteten nach der Bekanntmachung v. 2. Nov. 1873 (G. S. S. 547) gleichfalls auf ihre Afterlehnsherrlichkeit.

Baden. Das Gesetz v. 19. Apr. 1856 bestimmt, daß allodifizirte Lehen Familiengüter werden, für welche die Grundsätze der Lehnsfolge bestehen bleiben und welche auch nicht weiter theilbar sind, als es nach der Lehenfolge zulässig war; mit staatlicher und mit Genehmigung aller Betheiligten können sie freies Eigenthum werden. — Das Gesetz v. 9. Aug. 1862 (Reg. Bl. S. 437 ff.) giebt dem Lehnsherrn und dem Lehnsinhaber die Befugniß, auf Ablösung der Lehnsherrlichkeit anzutragen; unstatthaft ist die Kündigung von Seiten des Lehnsinhabers, wenn das Lehn auf dem Heimfall steht; die Genehmigung der eventuell Berechtigten ist nicht erforderlich. Die Entschädigung des Lehnsherrn beträgt je nach den verschiedenen Fällen 1 bis 7 Procent vom Werth des Lehns.

Großherzogthum Hessen. Gesetz v. 2. Mai 1849: es bestimmt zugleich, daß zu Veräußerungen der Lehen es keiner Genehmigung der

Lehnserben, Anwärter u. s. w. bedürfe, daß das Erbrecht nicht mehr durch das Lehnrecht bestimmt werde und daß Lehnserben, Anwärter, gesammte Hand wegen Verlustes ihrer bedingten Nachfolge nicht zu entschädigen seien. — Genaueres bei Neubauer S. 85.

Mecklenburg. Hier hängt die Allodifikation von der Gnade des Lehnsherrn und der Einwilligung der Lehnsfolger ab, Roth Meckl. Lehnr. S. 287 und Neubauer S. 85 f. — Bei der Allodifikation werden zugleich Festsetzungen über die Erbfolge getroffen, welche aber durch testamentarische Verfügungen durchbrochen werden können; vgl. z. B. Mecklenb.-Schwerinsches Reg. Bl. 1872. no. 1.

Oldenburg. Gesetz v. 28. März 1852. art. 13 ff.: die Lehen werden freies Eigenthum der Vasallen; die Rechte der Agnaten, Mit- oder Eventualbelehnten werden (mit geringen Ausnahmen) ohne Entschädigung aufgehoben; es tritt nur noch einmal eine lehnsrechtliche Vererbung ein. — Vgl. auch Verf. Urkunde v. 22. Nov. 1852. § 213.

Braunschweig (Steinacker S. 565, 587 ff.). Nach der Verf.-Urk. v. 12. Okt. 1832. § 37 sind alle Lehen „der Aufhebung des lehnsherrlichen und agnatischen Lehnsverbandes“ unterworfen. Nach dem Gesetz v. 28. März 1837 sollen keine neuen Lehen mehr errichtet werden und kann der Lehnsherr oder Vasall, außer bei den auf vier oder weniger Augen stehenden Lehen, die Allodifikation beantragen, ohne daß die Einwilligung der Mitbelehnten oder Lehnsfolger erforderlich wäre. Der Lehnsherr ist zu entschädigen; die Rechte der Eventual- oder Mitbelehnten und Exspektivirten erlöschen bei der Allodifikation; eine Entschädigung derselben braucht nur zu erfolgen, wenn sie ihr Recht unter lästigem Titel erworben haben. — Gänzlich wurde der Lehnsverband durch Gesetz v. 13. Dez. 1849 aufgehoben; im übrigen schließt sich dasselbe an das Gesetz von 1837 an.

Sachsen-Weimar. Die Lehnsherrlichkeit, auch die bei Afterlehen, wird durch Ges. v. 29. April 1851 aufgehoben; eine Entschädigung erfolgt nur bei der Lehnsherrlichkeit fremder Lehnsherrn oder von Afterlehnsherrn. Mitbelehnschaftsrechte können nur durch Anmeldung aufrecht erhalten werden.

Sachsen-Meiningen. Durch Gesetz vom 20. Febr. 1872 werden gegen Entschädigung das landesherrliche Obereigenthum und alle aus demselben entspringenden lehnsherrlichen Rechte aufgehoben. Die Erbrechte der Lehnsfolger und Mitbelehnten werden durch das Gesetz nicht berührt.

Sachsen-Altenburg. Aufhebung des Lehnsverbandes durch Gesetz vom 1. April 1851; ausgenommen sind die auf dem Heimfall stehenden Lehen.

Sachsen-Gotha. Aufhebung des Lehnsverbandes ohne Entschädigung durch Gesetz v. 20. Oktob. 1848; „die Errichtung neuer Lehne ist unstatthaft“, Verf. U. für Koburg und Gotha v. 3. Mai 1852. — Nach dem Gesetz v. 28. Juni 1856 bleiben die Rechte der Mitbelehnten noch bestehen; doch können nach § 29 Lehen in freies Eigenthum verwandelt werden „durch einen zwischen den Besitzern . . . und den eingetragenen Mitbelehnten abgeschlossenen, auf Aufhebung der Lehnsqualität gerichteten Vertrag.“ — Abänderung durch Gesetz vom 15. Apr. 1859; ein Lehn wird freies Eigenthum, wenn es an eine nicht im Lehnsverbande stehende Person veräußert oder wegen einer Pfandschuld zwangsweise subhastirt wird. — Für Koburg Ges. v. 25. Jan. 1849. — Für Koburg-Gotha Gesetz v. 15. März 1879.

Anhalt. Verf. U. v. 28. Febr. 1850 § 49: „Aller Lehnsverband hört auf. Die Errichtung von Lehn . . . ist untersagt. Die bestehenden Lehen . . . sollen durch gesetzliche Anordnung in freies Eigenthum verwandelt werden.“ Die Verf. U. wurde später aufgehoben; vgl. v. Meibom in Jen. Lit. Z. 1876. S. 578. — Jetzt Allodifikation durch das Gesetz v. 1. Apr. 1878.

Schwarzburg-Rudolstadt. Das Gesetz v. 10. Febr. 1873 hebt die dem Landesherrn zustehende Lehnsherrlichkeit, außer bei den auf zwei Augen stehenden Lehen, auf. Die agnatischen und mitbelehnschaftlichen Rechte bleiben bestehen, sind aber bis zum 1. Jan. 1875 anzumelden.

Schwarzburg-Sondershausen. Verf. U. v. 12. Dez. 1849. § 44: „Aller Lehnsverband ist aufzuheben“; Gesetz v. 12. Mai 1852: eine Entschädigung ist nur zu zahlen, wenn die Lehnsherrlichkeit nicht dem Landesherrn, sondern Privaten zusteht; die Rechte der Mitbelehnten, Gesammthänder, Eventualbelehnten und Expektanten bleiben in Kraft, wenn sie angemeldet werden.

Waldeck. Die Verordnung vom 1. Nov. 1811 wurde am 22. Sept. 1814 zurückgenommen, Weigel S. 38. — Allodifikationsgesetz vom 17. Aug. 1848.

Reuß j. L. Verf. U. v. 14. Apr. 1852. § 29: „der Lehnsverband ist aufzuheben.“ — Nach dem Gesetz v. 28. Juli 1853 fällt die Lehnsherrlichkeit fort und ist der Lehnsherr nur zu entschädigen, wenn der Vasall die Aufhebung bei einem auf dem Heimfall stehenden Lehn beantragt. Die Mitbelehnten erhalten eine Entschädigung.

Lippe. Allodifik. Gesetz vom 18. Mai 1847: die Lehen werden gegen Entschädigung des Lehnsherrn freies und veräußerliches Erbgut; ausgenommen sind „die landtagsfähigen Rittergüter mit ihren lehnbaren Pertinenzen“ und Lehen auf vier oder weniger Augen. In die allodi-

ficirten Lehen wird noch einmal nach Lehnrecht succedirt, beim ersten Erbfalle nach erfolgter Allodifikation. Die Eventualbelehnten oder Anwärter werden nur, wenn sie ihr Recht titulo oneroso erworben haben, entschädigt.

Schaumburg-Lippe. Allodifikationsgesetz v. 30. Nov. 1878.

Bremen. Ges. v. 1. Juli 1850. § 16: es gebe im Staat nur wenige Lehngüter, mit Lehnsherrlichkeit des Staats. Der Lehnsträger kann die Ablösung der Lehnsherrlichkeit gegen Entschädigung fordern.

Elsaß-Lothringen. In Folge der französischen Gesetzgebung ist das Lehnrecht ohne praktische Bedeutung, Neubauer S. 90.

In Reuß ältere Linie ist kein Allodifikationsgesetz ergangen. — Für Hamburg und Lübeck ist das Lehnrecht ohne Bedeutung, Neubauer S. 91.

§ 118. Das Lehnsobjekt.

1. Während nach dem ältern Recht Lehen (beneficium, feudum)[1]) ein Grundstück oder ein den Immobilien gleichgestelltes Recht ist, an welchem der Lehnsherr (sei es der Eigenthümer, sei es eine von einem Andern bereits beliehene Person) einem Andern, dem Vasallen, gegen die Verpflichtung zur Lehnstreue und zu Diensten ein ausgedehntes erbliches Nutzungsrecht verliehen hat[2]), trifft dieser

---

[1]) Der Ausdruck beneficium ist bis zum Anfang des 13. Jahrhunderts in Gebrauch, vgl. Stobbe, Gesch. der d. Rechtsq. I. S. 326 N. 5; auch noch im J. 1237, Eingang von Friedrichs II. Privileg für Wien. — feudum, wovon Homeyer Sachsensp. II. 2. S. 274 sagt, daß es seit dem Anfange des 12. Jahrh. neben beneficium auftrete, findet sich in deutschen Urkk. auch schon im 11. Jahrh.; Beyer Urk.-B. I. no. 302 a. 1030: advocatiam ... in feudo a me tenebat. Ueber den frühen Gebrauch, besonders in lothringischen Urkunden, Ficker Heerschild S. 176, über die constitutio Romana S. 10 f., 45; im südlichen Frankreich bereits Mitte des 10. Jahrh. — Ueber den Sprachgebrauch von beneficium und feudum auch Waitz Verf. Gesch. VI. S. 4, 7 f., 95 ff.

[2]) II. F. 23. § 2: beneficium .., quod ex benevolentia ita datur alicui, ut proprietas quidem rei immobilis beneficiatae penes dantem remaneat, usufructus vero illius rei ita ad accipientem transeat, ut ad eum heredesque suos ... in perpetuum pertineat, ad hoc, ut ille et sui heredes fideliter domino serviant. — Preuß. Landr. I. 18. § 13: „Eine Sache, deren nutzbares Eigenthum Jemand unter der Bedingung einer dem Obereigenthümer zu erweisenden besonderen Treue gegen den von diesem ihm zu leistenden Schutz besitzt, wird ein Lehn genannt."

Begriff seit der Allodifikation nicht mehr allgemein zu. Lehngüter sind jetzt nicht bloß diejenigen Güter, welche noch im Lehnsverbande stehen, sondern auch diejenigen, welche ihm ehemals angehörten, sofern für sie noch gegenwärtig einzelne aus dem Lehnrecht sich ergebende Rechtsbesonderheiten gelten. So wie trotz Aufhebung der Gutsherrlichkeit und Reallasten es noch Bauergüter giebt, so auch Lehngüter trotz der Allodifikation.

2. Lehnsobjekt kann jede Sache sein, welche geeignet ist, dem Besitzer einen beständigen vermögensrechtlichen Genuß zu gewähren; also Grundstücke und die den Grundstücken gleichgestellten Rechte[3]), d. h. die dinglichen Rechte an Grundstücken (z. B. Servituten, Beholzungsrecht, Bergwerksgerechtigkeit) und diejenigen Rechte, welche gegen den Besitzer eines bestimmten Guts (Reallasten, Renten, Zehnten, Frohnden) oder gegen die Bewohner eines bestimmten Bezirks geltend gemacht werden können (in älterer Zeit die Landesherrlichkeit, einzelne Hoheitsrechte, Vogtei, Gerichtsbarkeit, Post; jetzt besonders auch die Rechte der Standesherrschaft, wenn sie im Zusammenhang mit den Mediatisirungen einen lehnbaren Charakter angenommen haben); vereinzelt auch einige Aemter. Nach Preuß. Recht können auch Mobilien verliehen werden, wenn ihre Substanz oder ihr Werth auf dauerhafte Art sicher gestellt ist[4]).

Rentenlehen, bei welchen der Vasall jährlich eine Rente in Geld oder Naturalien beziehen soll, waren nach älterm Recht nur gültig, wenn sie auf bestimmte Grundstücke (so nach den Rechtsbüchern) oder auf die beim Lehnsherrn zusammenfließenden Einkünfte (feuda de camera et cavena; langob. Recht und deutsche Praxis) angewiesen waren; einfache Geldlehen, bei welchen der Herr die Leistung persönlich auf sein Vermögen übernimmt, waren

---

[3]) II. F. 1. §. 1: Sciendum est . ., feudum sive beneficium non nisi in rebus soli aut solo cohaerentibus, aut in iis, quae inter immobilia connumerantur, veluti cum de camera aut de cavena feudum datur, posse consistere. Vgl. oben I. § 63. II, §. 66. III, Waitz VerfG. VI. S. 16 ff., Schilling Waldemar-Erich'sches Lehnr. S. 85 ff. — Ueber Bauernlehen vgl. unten § 132 N. 4.

[4]) Pr. Landr. I. 18. § 26. — Badensches Edikt § 5: „jede fahrende Habe, die verliegenschaftet, d. h. auf Liegenschaften zur jederzeitigen Wiederdarstellung des etwa Verbrauchten oder Entkommenen versichert worden ist."

ungültig[5]). Nach neuerem Recht[6]) ist ein Geldlehen zulässig, wenn die Nutzungen eines sicher gestellten Kapitals dem Vasallen zufallen sollen, insbesondere wenn das Kapital hypothekarisch auf ein Grundstück gelegt ist[7]).

3. Lehen an andern Objekten als Grundstücken sind aus dem Rechtsleben größtentheils verschwunden[8]); mehrere neuere Partikularrechte sagen ausdrücklich, daß ein Lehen nur an Grundstücken oder einzelnen Kron- oder Hofämtern bestehen kann[9]). Da im allgemeinen neue Lehen nicht mehr errichtet werden sollen, ist die Frage nach der Lehnsfähigkeit in Rücksicht auf das Objekt ohne praktisches Interesse.

4. Stücke (Pertinenzien), welche der Vasall zum Lehngut hinzuerwarb, behalten ihre allodiale Natur, außer wenn er beabsichtigte, daß sie Lehnsqualität annehmen sollten, und diese Absicht dadurch verwirklicht wurde, daß sich die spätern Belehnungen auch auf sie erstreckten; sie sind daher, wenn das Lehen ein vom Allod gesondertes Schicksal erfährt, von diesem wieder zu trennen[10]). Gegenwärtig kann, weil neue Lehen nicht entstehen sollen, eine Erweiterung eines einzelnen Lehns durch Zuschlagung von Grundstücken, welche dem Lehnsnexus bisher nicht unterworfen waren, nicht mehr erfolgen[11]). Ueber Umfang des Lehnguts entscheidet h. z. T. das Grundbuch, in welchem die Lehnsqualität des Guts eingetragen ist.

---

[5]) Homeyer S. 283 ff., Schilling S. 92 f., v. Gerber § 108.

[6]) Preuß. Landr. I. 8. § 73.

[7]) Eichhorn § 197; a. A. v. Gerber § 106 N. 6.

[8]) Durch die Allodifikation ist die Lehnsherrlichkeit bei Geldlehen im allgemeinen nicht berührt, Dernburg § 366 N. 8.

[9]) Baier. Lehnsedikt § 36: nur Grundstücke und Kronämter; in Mecklenburg (Roth S. 33 ff.) Grundstücke, ferner Grundstücke, mit welchen Rechte als Pertinenzien verbunden sind, und das Erbmarschallamt; in Sachsen (Zachariä § 43) früher die Erbhofämter.

[10]) II. F. 8. § 3, Preuß. Landr. I. 18. § 27 ff.; Präsumtionen stellt das Baier. Lehnsedikt § 175 ff. auf; Beseler § 152 N. 4 ff. Nach sächsischem Lehnrecht werden sie Pertinenz, wenn sie besonders in Lehen genommen und in den Hauptlehnbrief eingerückt werden, Zachariä § 41 N. 2, 3. — Vgl. auch Wippermann kl. Schriften. Heft III. 1873. S. 18 ff.

[11]) Dernburg und Hinrichs Preuß. Hyp. R. S. 406.

§ 119. Die Lehnspersonen.

I. Nach dem Wesen des Lehnrechts konnten nur solche Personen ein Lehn errichten oder weiter verleihen, welche sich Ritterdienste versprechen lassen durften, also der Kaiser, die weltlichen und geistlichen Landesherrn, ritterbürtige Personen[1]), aber auch die Städte[2]). Da sich im modernen Staat nur der Landesherr den Kriegsdienst versprechen lassen darf, und, wenn man vom Kriegsdienst absehen wollte, das Versprechen der lebenslänglichen Lehnstreue an eine andere Person, als den Landesherrn, als ungehörig erscheint, soll nach zahlreichen neueren Lehnsgesetzen nur der Landesherr Lehnsherr sein[3]), wovon es dann zugleich eine Consequenz ist, daß hier auch keine Afterlehen bestehen können[4]). In den meisten Ländern ist die Lehnsherrlichkeit, selbst die des Landesherrn, fortgefallen und sollen überhaupt keine neuen Lehen errichtet werden (vgl. § 117).

II. Der Erwerb von Lehngütern war nach mittelalterlichem und neuerem Recht für eine große Zahl von Personen untersagt oder beschränkt. Absolut lehnsunfähig waren diejenigen Personen, welche entweder überhaupt keine Grundstücke, oder in Folge spezieller Vorschriften unbedingt keine Lehne erwerben sollten; so besonders die Juden[5]), die Mitglieder einer unterdrückten Con-

---

[1]) Gegen Sattler beweist dies Strube Bedenken II. no. 142, Weber III. S. 5 ff.

[2]) Kraut § 200. no. 4, 5, Gierke Genossenschaftsrecht II. S. 731, v. Gerber § 109 N. 6.

[3]) Baier. L. Ed. § 22, 34, Meckl. (Roth § 13), Würt. Recht (Reyscher II. § 362 N. 13). — Badensches L. Ed. § 3: nur der Landesherr und die Standesherrn, „d. i. solche, die mit einem Fürstenthum oder Grafschaft in Unserm Staat begütert sind." — Nach dem Preuß. Landr. I. 18. § 43 konnte auch eine Person niederen Standes einem Vasallen von höherem Stande ein Lehen leihen; I. 18. § 87 fordert zur Errichtung neuer adlicher Lehen die landesherrliche Genehmigung bei Strafe der Nichtigkeit.

[4]) Ausdrücklich ausgesprochen im Baier. Lehnsedikt § 23—25.

[5]) Es werden öfter Belehnungen der Juden behauptet, so von Runde Beyträge I. no. 5, Weber III. S. 63 ff. Ueber die Urkunde des Markgrafen v. Brandenburg v. 1356 vgl. aber Stobbe die Juden während des Mittelalters S. 277 f.; die zweite von Runde angeführte Urkunde enthält gleichfalls

fession[6]), die Ehrlosen, Geächteten und Exkommunicirten[6a]). Andere waren nur relativ lehnsunfähig, d. h. sie hatten kein Recht auf den Erwerb des Lehns, selbst wenn sie die nächsten Erben waren, aber der Herr durfte, wenn er dadurch nicht die Rechte anderer Personen verletzte, über ihre Lehnsunfähigkeit hinwegsehen und sie beleihen. Ursprünglich erlangten sie nur ein unvererbliches Recht, welches sie auch nur gegenüber dem sie beleihenden Lehnsherrn, nicht gegenüber seinem Nachfolger hatten (es fehlte ihnen Erbrecht und Folge); doch wurde diese Beschränkung schon früh aufgegeben[7]).

Relativ lehnsunfähig waren:

a) diejenigen, welche wegen ihrer leiblichen Eigenschaften oder wegen einer Krankheit keinen Lehnsdienst leisten können, Frauen[8]), Geisteskranke, Gebrechliche und Krüppel[9]);

b) diejenigen, welche nicht zum Heerschild gehören, d. h. rechtlich nicht waffenfähig sind, so insbesondere Geistliche[10]), Städter, Bauern[11]).

---

keine Belehnung, sondern eine Erbleihe. — Regelmäßig galten bis zur neuesten Zeit, insbesondere bis zum Jahre 1869, die Juden für absolut lehnsunfähig; über Mecklenburg Roth § 14.

[6]) In Sachsen waren bis 1806 alle ausgeschlossen, welche nicht zum augsburgischen Bekenntniß gehörten, Zachariä § 50 N. 1.

[6a]) Vgl. I. § 48 N. 54, Landfrieden v. 1281 § 38 (Mon. Germ. LL. II. p. 429), Kraut Grundriß § 49. no. 7, Franklin sententiae curiae regis no. 268 ff., Homeyer S. 510, C. Kleinschmidt de natura et vi existimationis in jure Germanico medii aevi praesertim in jure feudali conspicua. Bonnae 1844.

[7]) Homeyer II. S. 309 ff.

[8]) Kraut Vormundschaft III. S. 65 ff.

[9]) Kraut III. S. 101 ff.

[10]) Sie hatten Lehnsfähigkeit, wenn sie Vorsteher eines reichsunmittelbaren Stifts waren; hier erscheint das Stift selbst als beliehen, Homeyer S. 298 ff., Ficker Heerschild S. 98 ff. Die übrigen, nicht reichsunmittelbaren Kirchen hatten keine Lehnsfähigkeit; z. B. Entscheidung von 1151, daß die Abtei Kizzing nicht den Heerschild habe, Franklin sententiae no. 216 (Mon. Boica XXIX[a] p. 306), vgl. auch no. 217. a. 1223. — Ausnahmsweise wird auch einfachen Geistlichen ein Lehn geliehen, z. B. Böhmer Regesten Albrechts no. 577, Wasserschleben Rechtsquellen I. S. 289 ff., Kraut Vormundschaft III. S. 105. — Das Reichskammergericht behandelt sie als lehnsunfähig, Mynsinger obs. V. no. 48.

[11]) Homeyer S. 299.

Indessen erhielten schon frühzeitig durch kaiserliches Privileg die Bürger vieler Städte die Lehnsfähigkeit[12]);

c) juristische Personen.

Doch galten als lehnsfähig die reichsunmittelbaren Stifter (Note 10) und auch sonst wurden Ausnahmen gemacht, indem für eine Stadt, ein Kloster u. s. w. der Vorstand derselben unter der Voraussetzung seiner Lehnsfähigkeit oder auch andere Personen als Lehnsträger beliehen wurden[13]).

Was nun die Bedeutung dieser Beschränkungen für die Gegenwart angeht, so sind Weiber auch h. z. T. lehnsunfähig, wenn nicht

---

[12]) Beispiele bei Kraut § 45. no. 18—21, § 201. no. 15; Privileg für Köln v. J. 1259 (Lacomblet II. no. 469), für Wiener-Neustadt 1227 (§ 16, Winter urkundl. Beitr. z. östr. Rechtsgesch. S. 35), für Goslar 1340 (Böhmer acta Imperii no. 795; man hatte bisher vielfach an der Lehnsfähigkeit der Goslarer gezweifelt). — Im Lehnsgericht des Herz. Erich I. v. Sachsen-Lauenburg wird im J. 1356 die Lehnsfähigkeit der Bürger anerkannt, Hannover'sches Urkundenbuch no. 353, 354. — Ueber Wien und andere Städte Tomaschek Handfesten für Wien. S. 24 ff. (Wiener Ak. Sitzungs-Berichte LXXXIII. S. 314 ff.). — Ueber Livland Schilling Wald. Erich'sches Lehnr. S. 78 ff. — Zachariä § 54 Anm. 1. Vgl. auch unten § 129 N. 12 ff. — Natürlich wurde die Lehnsfähigkeit nur von den Waffengeübten, nicht von den Handwerkern beansprucht, Tomaschek a. a. O.

[13]) Albrecht Gewere S. 239 ff., 255 ff., Homeyer S. 312, Gierke Genossenschaftsrecht II. S. 732, Schilling S. 161 ff. — Seibertz I. no. 382. a. 1278: für die Stadt Soest werden 12 Bürger in der Weise mit einem Vogteirecht beliehen, daß beim Tode eines von ihnen immer ein Anderer an seine Stelle treten soll. — Höfer deutsche Urkunden no. 105. a. 1326: für die Stadt Erfurt werden 10 Bürger beliehen; beim Tode eines von ihnen soll der Rath einen Andern präsentiren, welchem das Lehn zu leihen ist. — Seibertz II. no. 625. a. 1328: die Freigrafschaft, welche auf die Stadt Soest übertragen wird, erhalten drei ihrer Bürger als Lehnsträger. — Niesert Beiträge II. p. 80. a. 1386: für die Stadt Coesfelt, welche den freien Stuhl zu Flamessen erworben hat, wird ein Lehnsträger aus der Mitte der Bürger bestellt. — Verleihung an den Rath Kraut § 225. no. 10, Böhmer fontes II. p. 224. a. 1242, an ein Mitglied des Raths Kraut § 225. no. 11.

Mon. Zollerana II. no. 467. a. 1307: der Burggraf schenkt einem Kloster gewisse Einkünfte und verspricht dieselben einem Nürnberger Bürger zu leihen den frowen in treuen zetragen. — Höfer Urk. II. no. 129. a. 1329: die Predigerbrüderschaft bekommt ein Lehen, welches zwei oder drei Bürger von Halle zu treuer Hand geliehen erhalten; auch II. no. 152. a. 1322 und Kraut § 225. no. 8.

das partikuläre Lehnrecht oder der spezielle Investiturvertrag eine abweichende Bestimmung enthält[14]). Körperliche oder geistige Gebrechen können seit dem Fortfall der Kriegsdienste höchstens nur dann einen Ausschließungsgrund abgeben, wenn sie den Mangel jeder Selbständigkeit bewirken; sie haben aber in neuerer Zeit auch nicht mehr diese Wirkung, weil ein Vormund das Lehen verwalten kann[15]). Die Lehnsunfähigkeit derjenigen Personen, welche des Heerschildes darben, ist mit Aufhebung der Waffendienste gefallen und es können auch Geistliche[16]) und nicht bloß Bürger, sondern auch Bauern Lehngüter erwerben[17]). Die Unfähigkeit der Personen, welche einer unterdrückten Confession angehören, insbesondere der

---

[14]) Roth meckl. Lehnrecht S. 40 f.

[15]) Struben Bedenken II. 97, Weber III. S. 332 ff., Kraut Vormundschaft III. S. 101 ff., Roth S. 41. — Nach dem Badenschen Ed. § 4 keine Ausschließung wegen physischer Eigenschaften, nach dem Preuß. Landr. I. 18. § 375 ff. auch nicht wegen Wahnsinn oder Blödsinn, ebenso nach Gothaer Recht (Kraut § 218. no. 6). — Nach dem Sächs. Reskr. v. 1745 (Zachariä § 52) sind diejenigen lehnsunfähig, welche durch ein Gemüths- oder Leibesgebrechen zur Leistung der Vasallenpflicht und der Lehnsdienste untüchtig sind, z. B. Taube, Stumme, melancholische Personen u. s. w.; vgl. aber auch Zachariä § 81.

[16]) Struben Bedenken I. no. 166. § 4, Roth meckl. Lehnrecht S. 42 N. 20, 21. — Const. Sax. III. 28. — Nach dem Preuß. Landr. I. 18. § 370 bis 374 sind nur diejenigen ausgeschlossen, welche das Armuthsgelübde (Klostergeistliche) abgelegt haben; sie kommen aber doch zur Succession, wenn sie in einem Jahr und 30 Tagen nach dem Anfall von dem Gelübde entbunden werden. — Nach dem Badenschen Edikt § 4 ist eine kirchliche Weihe kein Hinderniß.

[17]) Im 17. u. 18. Jahrhundert wurden die Lehen in verschiedenen Ländern noch den Adligen reservirt, Kraut Grundriß § 201. no. 17—19, oder es wurde ein besonderer Begriff von adligen Lehen ausgebildet, welche dem Adel vorbehalten sein sollten, Preuß. Landr. I. 18. § 66, 67, Kraut § 201. no. 22, 23, Weber III. S. 53 f. — Später wurden in vielen Ländern auch Nicht-Adlige allgemein zugelassen, Weber III. S. 52, Pinder I. § 62ª und dazu II. S. 23, in Meckl. seit d. 17. Jahrh. Roth S. 42; in Sachsen, wo bis dahin Bürgerliche, aber nicht Bauern lehnsfähig gewesen waren (Zachariä § 54), erhalten auch die letzteren die Lehnsfähigkeit durch ein Gesetz v. 1834 (Kraut § 201 no. 25). — Baier. Lehnsed. § 35: „Jeder baierische Staatsbürger kann Lehen empfangen"; Preuß. Kab. O. v. 7. Febr. 1845. — Ueber Kurhessen, Weimar und Würtemberg vgl. Roth kurh. Priv. R. S. 187 N. 7, Sachse § 532, Reyscher § 363 N. 13.

Juden[18]), gilt nirgends mehr, seitdem die Confession kein Hinderniß im Erwerb von Grundstücken bildet (oben I. § 45 S. 340, § 46 S. 350 f.). Dagegen ist die Lehnsunfähigkeit juristischer Personen[19]) und die der Ehrlosen[20]) noch nach heutigen Partikularrechten in Kraft.

Wo die Lehnsherrlichkeit aufgehoben ist, sind alle etwaigen Beschränkungen der Lehnsfähigkeit gefallen und kann Jeder das Lehen erwerben[21]), soweit nicht Rechte der Erben des bisherigen Vasallen oder der Mit- oder Eventualbelehnten entgegenstehen.

III. In einzelnen Fällen gilt es nach deutschem Lehnrecht[22]) für zulässig, daß sich der Vasall im Lehnsverhältniß in der Art durch eine andere lehensfähige Person (den **Lehnsträger**) vertreten läßt, daß diese, entgegengesetzt einem Mandatar, die betreffenden Handlungen zu selbständigem Recht ausübt[23]). Ihre Selbständigkeit zeigt sich nicht nach innen hin, dem Vasallen gegenüber — Unwiderruflichkeit gehört nicht zum Wesen des Verhältnisses[24]) —, sondern vielmehr darin, daß der Lehnsträger im Verhältniß zu dritten Per-

---

[18]) Vgl. oben N. 5.

[19]) **Roth** S. 39 f.

[20]) **Zachariä** § 52 N. 3, **Pinder** II. S. 53. — Nach **Roth** S. 41 N. 13 sind die Schinderknechte unfähig, dagegen nicht die zu einer Kriminalstrafe verurtheilten. — Nach ältern Strafgesetzbüchern und besondern Verordnungen machte das Straferkenntniß lehnsunfähig, z. B. Würtemb. Ges. v. 5. Sept. 1839. art. 1: „Der Verlust des Adels hat in Beziehung auf die Succession auch der nach dem Strafurtheile erzeugten Kinder in Lehen keine Folge. In Betreff der Lehen sind zwar auch die Bestimmungen des bisherigen Rechts, wonach die Ehrlosen unfähig sind, Lehen zu erwerben oder erworbene zu besitzen, aufgehoben. Dagegen tritt der Verlust dieser Rechte in Folge einer rechtskräftig erkannten Zuchthausstrafe ein.“ — Das Reichsstrafgesetzbuch kennt diese Wirkung nicht; die Ignorirung dieser Wirkung genügt aber nicht, um die in sonstigen partikularrechtlichen Vorschriften ausgesprochene Lehnsunfähigkeit der Ehrlosen als beseitigt anzusehen; vgl. oben I. § 48 N. 54.

[21]) Sächs. Ges. v. 2. Mai 1872. § 7: kein Verlust des Lehnfolgerechts wegen „persönlicher Eigenschaften oder Verhältnisse des Berechtigten“.

[22]) Dem Langob. Lehnrecht ist dies unbekannt.

[23]) Ueber die Lehnsträgerschaft des älteren Rechts besonders **Albrecht** Gewere S. 231 ff.

[24]) **Albrecht** S. 234 Anm. 627. — Die Möglichkeit, statt des bisherigen einen andern Lehnsträger zu ernennen, **Kraut** § 225. no. 2, **Höfer** Urkk. no. 129. a. 1329.

sonen als berechtigte Person, als Vasall erscheint: der Lehnsträger wird beliehen, muthet das Lehen, leistet den Lehnseid[25]) und den Lehnsdienst[26]) und nur nach innen hin, was den Genuß des Lehns betrifft, erscheint der Vertretene als Vasall. Die vollen Rechte und Pflichten des Vasallen werden erst durch Zusammenfassung des Vertretenen und des Lehnsträgers gewonnen.

Die Bestellung eines Lehnsträgers war für lehnsunfähige Vasallen besonders erforderlich, um ihnen das Erbrecht und das Recht der Folge an den neuen Herrn zu gewähren. Abgesehen aber von Frauen, Geistlichen, gebrechlichen Personen, Corporationen[27]), hatten auch die mehreren Vasallen, welche ein Lehen zur gesammten Hand erhalten hatten, Einen aus ihrer Mitte zu präsentiren, welcher das Lehen für sie alle trug[28]). Auch dem neueren Recht gehört die Lehnsträgerschaft an, selbst seitdem die Lehnsdienste ohne reale Bedeutung sind[29]). Beim Tode des Lehnsträgers bedarf es der Bestellung eines neuen und der Lehnserneuerung[30]). Sein Recht ist

---

[25]) Er schwört denselben nicht in die Seele des Vasallen hinein, sondern für sich selbst.

[26]) Vgl. Albrecht S. 232 N. 621.

[27]) Für Frauen: Kraut § 225. no. 4—7, Albrecht S. 237 f., Kraut Vormundschaft III. S. 65; für Geistliche: Kraut Grundr. § 225 no. 9, Vormundschaft III. S. 104 ff., Ficker Heerschild S. 104; für gebrechliche Personen: Kraut Vormundschaft III. S. 101 ff.; für Korporationen oben N. 10 u. 13. — Indessen kommen auch Fälle vor, bei denen wir keinen innerlichen Grund der Lehnsträgerschaft erkennen, z. B. Monum. Zollerana III. no. 4, 59. a. 1333, 1339.

[28]) Kraut Grundr. § 225. no. 12—16.

[29]) So für Korporationen: das Preuß. Reskr. v. 1701 (bei Lünig c. j. feud. II. p. 974) bestimmt, daß eine beliehene jurist. Person zwei Familien zu bezeichnen habe, aus denen die Lehnsträger genommen weiden, und daß nach deren Aussterben das Lehn heimfalle. Vgl. im übrigen Kursächs. Mand. I. § 12, Pr. Landr. I. 18. § 48—52, Badensches Ed. § 20. — Für Frauen z. B. Kursächs. Mand. I. § 13, III. § 2, für Personen, welche wegen Gebrechens den Lehnsdienst nicht leisten können, Preuß. Landr. I. 18. § 375 ff., 379, für Mitbelehnte und die gesammte Hand, Preuß. Landrecht I. 18. § 58, Baden'sches Ed. § 20; nach Meckl. R. auch für die Gläubigerschaft, auf welche beim Konkurs das Lehn übergeht, Roth S. 44, vgl. auch Preuß. Ldr. I. 18. § 346.

[30]) Nach dem Kursächs. Mand. I. § 12 bedarf es der Lehnserneuerung nur für die Lehnsträger juristischer Personen, während nach I. § 13 bei der

abhängig von dem des Vasallen und nimmt beim Wegfall desselben ein Ende[31]); andererseits führte man die Fiktion, daß die Handlungen des Lehnsträgers als solche des Vasallen gelten, nicht so weit um die Felonie des Lehnsträgers dem Vasallen schaden zu lassen[32]).

Wo die Lehen allodifizirt sind, hat das Institut der Lehnsträgerschaft seine Bedeutung verloren.

IV. Der Unmündige gilt als lehnsfähig. Die Unmündigkeit dauerte nach sächsischem Lehnrecht, ebenso wie für das Landrecht, bis zum vollendeten zwölften Jahre[33]), nach langobardischem Recht bis zum vollendeten vierzehnten Jahre[34]). Spätere Partikularrechte schoben den Termin der Lehnsmündigkeit hinaus[35]); regelmäßig fällt er jetzt mit der Volljährigkeit zusammen[36]).

Der Lehnsherr konnte dem unmündigen Vasall das Lehen leihen und dieser selbst es weiter verleihen; da aber der Unmündige keinen Lehnseid leisten kann, wurde seine Belehnung oft bis zur Mündigkeit hinausgeschoben und es versäumte sich der Erbe erst, wenn er innerhalb Jahr und Tag nach erreichter Mündigkeit, d. h. nachdem er 13 Jahre 6 Wochen und 3 Tage alt ist, noch nicht den Lehnsherrn um die Beleihung ersucht hat (vgl. unten § 122 N. 18 ff.).

Weil der Unmündige keinen Lehnsdienst zu leisten vermag, durfte er die Nutzungen des Lehns, das sog. anevelle[37]), nicht beanspruchen, vielmehr hatte der Herr für die Jahre der Unmündigkeit die Disposition über das anevelle. Er durfte es für sich behalten oder dritten Personen[38]), aber auch dem Kinde selbst oder dessen Vor-

---

Lehnsträgerschaft für Weiber und sonstige Vertretene eine Erneuerung nur im Falle der Veränderung in manu dominante vel serviente stattfindet.

[31]) Kraut § 225. no. 5. § 2, 4. no. 6.

[32]) Kraut § 225. no. 5. § 4, Preuß. Lbr. I. 18. § 161, 162.

[33]) Homeyer S. 478 ff.

[34]) II. F. 55. § 2.

[35]) z. B. 16 Jahre nach altenb. Recht, Hesse S. 4 N. 10.

[36]) Zachariä § 189a, Kraut III. S. 59.

[37]) Homeyer S. 486, 488; in einer Urk. v. 1310 (bei Pufendorf obs. I. p. 146) wird gleichbedeutend damit proventus bonorum gebraucht. Vgl. auch oben § 71 N. 10. — Nach livländischem Recht kein anevelle, Schilling S. 159 ff.

[38]) Urkundliche Belege bei Homeyer S. 488; auch Böhmer Regesten Rudolfs no. 88, Waitz Verf. Gesch. VI. S. 67 N. 2.

munde leihen[39]). Behielt der Herr das anevelle selbst, oder lieh er es einem Dritten, so hatte er resp. dieser Dritte in Rücksicht auf das Lehen die Vormundschaft über das Kind[40]). So konnte es neben der landrechtlichen noch eine besondere Lehnsvormundschaft geben[41]).

Dem langobardischen Lehnrecht ist die besondere Disposition über das anevelle unbekannt; nach ihm wird das Lehngut während der Unmündigkeit des Vasallen in seinem Interesse von dem gewöhnlichen Vormund verwaltet und fällt der Lehnsdienst aus. Der Unmündige brauchte das Lehen nicht zu muthen, sondern nur der minor, welcher aber gegen Versäumniß restituirt wurde[42]).

Während eine besondere Verleihung des anevelle mit Uebertragung der Vormundschaft seit dem 16. Jahrhundert in Deutschland verschwunden ist[43]), hat sich doch, wohl als Rest des alten Gebrauchs, in einzelnen Partikularrechten[44]) die besondere Lehns-

---

[39]) Sächs. Lehnr. 26. § 2, 8; 58. § 1.

[40]) Sächs. Lehnr. 26. § 2; vgl. außer den von Homeyer S. 487 ff. und Kraut Vormundschaft III. S. 3 angeführten Stellen auch Gosl. Statt. S. 13 Z. 10 ff.; Franklin sententiae curiae regis no. 295. a. 1222; Böhmer Reg. Albrechts v. 1298. no. 23: der Herzog soll Vormund aller Minderjährigen sein, welche Lehn von ihm haben. Ueber den Gebrauch in der Mark Riedel Mark Brandenburg II. S. 188 f.

[41]) Ueber das ältere Recht Homeyer S. 480 ff., über die Lehnsvormundschaft überhaupt Kraut III. S. 1 ff. Vgl. auch Waldem. Er. Lehnr. art. 13, 14, 16—19, ältestes livländ. Ritterr. art. 12—14. — Hatte das Kind selbst oder der Allodialvormund das anevelle, so fallen beide Vormundschaften zusammen, vgl. die Glosse bei Homeyer S. 490, Kraut § 226. no. 3. — Darüber, daß der mündig gewordene sich bis zum 21. Jahre noch durch einen Vormund aus den Vasallen desselben Herrn vertreten lassen konnte, Homeyer S. 494 ff., Kraut III. S. 25 ff.

[42]) Eichhorn § 217, Unterholzner Verjährung II. S. 250 N. 693, Kraut III. S. 58. N. 44. — II. F. 55. § 2.

[43]) Kraut Grundr. § 226. no. 15, Emminghaus S. 393. no. 7, Kraut Vorm. III. S. 40 ff.

[44]) Nach Kursächs. Lehnrecht und verwandten Partikularrechten, Kraut Grundriß § 226. no. 16 ff. (in Sachsen aufgehoben 1835, Kraut § 226. no. 22). — Pr. Ldr. II. 18. § 996, 997, Reyscher § 376 N. 2. — Eigentlich auch nach Baier. Lehnsedikt § 137, 138, 143, da, wenn der allodiale Vormund nicht lehnsfähig ist, noch ein besonderer Lehnsvormund, nicht vom Lehnshof, sondern vom Gericht ernannt wird. — Vgl. auch Brückner § 216, Goth. G. v. 28. Juli

vormundschaft erhalten, indem für den unmündigen Vasallen[45]) von dem Lehnshof ein Lehnsvormund bestellt wird[46]); sie ist immer eine tutela dativa. Die Verwaltung des Lehngutes als eines zum Vermögen des Mündels gehörigen Stücks führt der allodiale Vormund, wogegen der Lehnsvormund als Lehnsträger den Vasallen dem Herrn gegenüber zu vertreten, um die Lehnserneuerung nachzusuchen und die Lehnspflichten zu erfüllen hat. Bei Veräußerungen, Verpfändungen und sonstigen Verfügungen über die Substanz, insbesondere auch bei Prozessen über das Lehn, bedarf es des Zusammenwirkens beider Vormünder[47]).

§ 120. Die Entstehung eines Lehnsverhältnisses.

I. Ein Lehnsverhältniß kann, abgesehen von der Verjährung nur durch Belehnung entstehen[1]).

Handelt es sich um die Neuerrichtung eines Lehns, so muß der Beleihung ein Vertrag der künftigen Lehnspersonen vorhergehen[2]),

---

1856 § 7, Sachse § 221, Hesse § 130, Heimbach § 148 N. 3, § 162, Kraut III. S. 51. N. 15, 17, 18.

Keine Lehnsvormundschaft nach neuerem sächs. Recht Kraut Grundriß § 226. no. 21, Haubold § 126, schon längst nicht mehr nach Meckl. R. Roth S. 120 f., nach dem Recht von Oestreich, Pommern, Hannover, Hessen-Darmstadt, Baden, Kraut Vorm. S. 49; sie wird für Schwarzb.-Rud. aufgehoben durch Ges. v. 6. Juni 1856. § 21. — Vgl. auch Band IV über Vormundschaft.

[45]) Nach Kursächs. Lehnrecht brauchten auch unmündige Mitbelehnte einen Lehnsvormund, Zachariä § 181 N. 3.

[46]) Er soll lehnsfähig sein nach Preuß. Landr. I. 18. § 193, II. 18. § 997, Baier. R. (N. 44); dagegen war dies in Sachsen nicht erforderlich, Zachariä § 184. — Ausnahmsweise wurde auch der Mutter die Lehnsvormundschaft gegeben, Pufendorf obs. I. 201.

[47]) Ueber die Kompetenzverhältnisse vgl. Preuß. Landr. II. 8. § 998 ff., Hommel rh. 561, Kraut III. S. 52 ff., Zachariä § 181, 185—188, Haubold § 130, Sachse § 221, Hesse § 130.

[1]) I. F. 25. pr.: Sciendum est, feudum sine investitura nullo modo constitui posse, etiamsi domino jubente quis alicujus rei possessionem nomine feudi nanciscatur et teneat. — Sächs. Lehnr. 59. § 3: alle gewere ane lenunge is unrecht, d. h. ein Besitz des Lehnguts ohne Belehnung ist kein Lehnsbesitz.

[2]) Das Pr. Ldr. I. 18. § 83, 84 verlangt für diese Verträge Schriftlichkeit, resp. Gerichtlichkeit.

in welchem die genaueren Modalitäten des Lehnsverhältnisses festgesetzt werden und aus welchem jeder der beiden Contrahenten ein Recht auf Begründung desselben erhält[2a]). Doch kann auch Jemand in seinem Testament seinen Erben verpflichten, mit einer bestimmten Person, dem Legatar, ein Lehnsverhältniß zu konstituiren, in welchem Falle dieser gegen den Erben ein Recht auf Beleihung erhält.

Zulässig ist auch ein Vertrag über die künftige Belehnung mit einem Gut, welches zur Zeit noch ein anderer Vasall des Lehnsherrn besitzt (Lehnsanwartschaft, Lehnsexpektanz), sei es, daß der Lehnsherr ein bestimmtes Gut, wenn es ihm heimfällt, sei es, daß er das ihm zuerst heimfallende Gut künftig zu leihen verspricht (exspectativa specialis resp. generalis)[3]). Das Recht aus einer Lehnsanwartschaft geht auf die Erben des Anwärters[4]) nach den Grundsätzen der Lehnserbfolge über[5]); dagegen trifft die Verpflichtung aus diesem Vertrage

---

[2a]) Doch besteht gegen den Vasallen, welcher das Lehn nicht empfangen will, kein direkter Zwang auf Annahme, da er zu dem Treuversprechen nicht gezwungen werden und auch ein bereits empfangenes Lehn wieder zurückgeben kann, II. F. 38.

[3]) Die sächsischen Rechtsbücher kennen keinen derartigen rein obligatorischen Vertrag, sondern nur das durch Belehnung befestigte Gedinge, Laband vermögensrechtl. Klagen S. 277 vgl. mit S. 247. Doch kommen im deutschen Rechtsleben schon früh wirkliche Expektanzen vor; Belege bei Homeyer S. 340 f., Er. ab Horn de investitura eventuali et expectativa feudali. 1865. p. 12 ff., 27 ff., ferner Urk. K. Adolfs v. J. 1297 bei Böhmer acta imperii I. no. 521, Urk. v. 1249 bei Schöpflin Als. dipl. I. no. 535.

[4]) Horn p. 15 ff. Die Erblichkeit wird anerkannt durch Const. Sax. II. 45, vgl. auch Schletter Kurf. Constitutionen S. 290 N.

[5]) Pr. Ldr. I. 18. § 452: „das Recht der Anwartschaft erstreckt sich in der Regel auf die lehnsfähigen Nachkommen des Anwarters." — Doch ist es eine Streitfrage, ob das Recht nach den Grundsätzen des Lehnrechts oder denen des Civilrechts vererbt werde, vgl. ältere Literatur bei Weber IV. S. 160 ff., Eichhorn § 220 N. 10, Beseler § 154 N. 31. — Mayr § 73 N. 6 sagt, das Recht gehe auf die lehnsfähigen Erben, aber nach den Grundsätzen des Allodialrechts über, v. Gerber § 112 N. 10, es werde als allodiales Forderungsrecht nach den gewöhnlichen Regeln des Civilrechts, also auch durch Frauen übertragen. Indessen ist es nicht bloß möglich, daß die Parteien eine andere Absicht haben (v. Gerber), sondern wohl allgemein anzunehmen, daß gemäß der Natur des zu vererbenden Anspruchs derselbe nur auf die Lehnserben übergehen soll, vgl. auch ab Horn p. 70. — Ueberdies giebt es ja auch andere

nicht jeden künftigen Lehnsherrn, sondern nur denjenigen, welcher unmittelbar oder mittelbar der Erbe des die Expektanz gewährenden Lehnsherrn geworden ist[6]) oder aus einem besondern Grunde dessen Versprechen zu erfüllen hat[7]). Die Einwilligung der besitzenden Vasallen ist kein Erforderniß für die Gültigkeit einer Expektanz. Ist der Vasall zur Veräußerung des Lehns berechtigt, so darf der Expektivirte derselben nicht widersprechen; hat aber der Besitzer zu der Expektanz seine Einwilligung ertheilt, so darf er durch eine Veräußerung den Anspruch des Expektivirten nicht illusorisch machen[8]).

Konkurriren mehrere Expektanzen mit einander, so geht die ältere der jüngern vor, auch in dem Falle, daß die ältere eine generelle und die jüngere eine spezielle ist und zuerst das Lehn eröffnet wird, mit Bezug auf welches eine spezielle Expektanz ertheilt war[9]).

Da die Expektanzen kein dingliches, sondern nur ein persönliches Recht gegen den Lehnsherrn geben, sind sie überall erloschen, wo mit der Allodifikation die Lehnsherrlichkeit beseitigt ist[10]), und besteht höchstens ein Entschädigungsanspruch[11]). In manchen Staaten sind sie aber auch schon vor der Allodifikation beschränkt worden[12]) oder ist die weitere Ertheilung von Expektanzen untersagt worden[13]).

II. Nach dem doppelten Inhalt des Lehnsverhältnisses, welches ein durch das Band der Treue begründetes persönliches Verhältniß zwischen dem Vasallen und Herrn und ein dingliches Recht der beiden

---

obligatorische Verhältnisse, bei welchen die Regeln über Succession eine Modifikation erfahren.

[6]) Pufendorf obs. IV. no. 221. § 2, Mayr § 73 N. a.

[7]) Falls ein Landesherr sie ertheilt hat, der Regierungsnachfolger.

[8]) Mayr § 73 N. 8, 9.

[9]) Weber IV. S. 167 ff., v. Gerber § 112 N. 11, Beseler § 154 N. 33. — Das entgegengesetzte vertheidigt Struben Bedenken I. no. 116, Eichhorn § 220 N. r, Mayr § 73 N. 18. — Vgl. auch Preuß. Ldr. I. 18. § 461.

[10]) Preuß. Landr. I. 18. § 655.

[11]) Nach Braunschw. R. (Steinacker S. 591), wenn der Expektivirte sein Recht titulo oneroso erworben hat.

[12]) Nach dem Braunschw. Receß v. 1646 (Struben Bed. I. no. 116) sollen sie erlöschen, wenn das Gut nicht bei des Expektivirten oder bei Lebzeiten seiner Söhne eröffnet wird.

[13]) Baier. Lehns-Ed. § 41.

Personen an dem Lehngut enthält, zerfällt die Belehnung, die sog. investitura[14]), in verschiedene auf das persönliche und dingliche Verhältniß abzweckende Akte[15]). Im Lehnsgericht vor versammelten Mannen schwört der künftige Vasall dem Lehnsherrn Treue und bethätigt seine Unterwürfigkeit durch Symbole; er kniet vor ihm nieder, legt die gefalteten Hände in die des Herrn u. s. w. (se commendare, huldigen; manscap, hominium thun). Sodann verleiht ihm der Herr das Gut; unter Ueberreichung von Symbolen (Fahne, Scepter, Handschuh, Baumzweig) erklärt er, daß der Vasall an dem Gut das lehnrechtliche Nutzungsrecht haben solle. Je länger, je weniger Werth wurde auf die Symbole gelegt und es beschränkte sich der Akt auf die einfachen in Worten ausgedrückten Willenserklärungen von beiden Seiten[16]), wozu noch die Uebergabe des Lehnbriefs von Seiten des Lehnsherrn oder seiner Vertreter kam.

Während nach gemeinem Lehnrecht die Anwesenheit des Lehnsherrn und des Vasallen in Person nicht erfordert wurde, sondern auch Stellvertreter zulässig waren[17]), halten Partikularrechte an dem persönlichen Erscheinen des Vasallen fest[18]). An die Stelle der von den Mannen desselben Herrn besetzten Lehnsgerichte traten landesherrliche Lehnsbehörden, sog. Lehnskammern oder Lehnskurien[19]).

---

14) Vgl. den Nachweis bei Heusler Gewere S. 288—291, wie in Italien investitura zur technischen Bezeichnung der Belehnung wird; in Deutschland hat das Wort seit dem 12. Jahrh. gleichfalls diese Bedeutung, Merkel Ztschr. f. R. G. II. S. 155 N. 177; vgl. auch Hinschius Kirchenrecht II. S. 536 N. 6.

15) Ueber die Formen des ältern deutschen Rechts Homeyer S. 319—326, Waitz Verf. G. VI. S. 46 ff., 54 f., über die Investitur nach deutschem und langob. R. v. Brünneck über den Ursprung des sog. jus ad rem S. 29 ff., 8 ff., 55 N. 10. — Daß die investitura keine Auflassung enthält, Sohm in den Festgaben für Thöl S. 114 f.

16) Pr. Ldr. I. 18. § 89, 90.

17) II. F. 3. § 1: Sed utrum ipse an alius pro te investituram faciat vel suscipiat, nihil interesse putamus; potest enim hoc negotium et per procuratorem ab utraque parte expediri.

18) Sächs. Lehns-Mandat III. § 1, Zachariä § 65, 66; nur höchst ausnahmsweise darf sich der Vasall vertreten lassen, Roth Meckl. Lehnr. § 18. N. 2, Baier. Ed. § 44. Dagegen sind Stellvertreter zulässig nach dem Pr. Ldr. I. 18. § 111.

19) Das Baier. Lehnsedikt, welches nur vom Landesherrn als Lehnsherrn abhängige Lehen kennt, unterscheidet zwischen Kanzleilehen (§ 43), welche durch

Ueber die Belehnung werden verschiedene Urkunden aufgenommen[20]) und für sie Gebühren an die Lehnsbehörden gezahlt[21]).

Wird ein bisher nicht dem Lehnsverband angehöriges Grundstück verliehen, so ist die Lehnsqualität im Hypothekenbuch einzutragen, widrigenfalls diese Eigenschaft denjenigen Personen nicht entgegengestellt werden darf, welche ohne ihre Kenntniß Rechte an dem Grundstück erwerben[22]). Auch nach Aufhebung oder Ablösung der Lehnsherrlichkeit soll die Lehnseigenschaft unter den Belastungen des Grundstücks eingetragen werden.

III. Die Belehnung gibt dem Vasallen das Recht am Lehngut; um den Besitz zu erhalten, bedarf es der Einweisung (Beweisung) von Seiten des Herrn oder seines Bevollmächtigten, oder, wenn sie verweigert oder verzögert wird, der selbständigen Besitznahme seitens des Vasallen[23]).

Aus einer Stelle der Libri feudorum wurde früher irrthümlich gefolgert, daß mit der Belehnung ordnungsmäßig der Besitz übertragen werde (investitura propria) und daß es eine investitura

---

den Minister des Auswärtigen bei dem obersten Lehnshof, und Thronlehen (§ 42), welche von dem König selbst „auf dem Throne, von den Ministern, Kronbeamten und obersten Hofämtern umgeben, vor dem versammelten Hofe nach den Vorschriften des Belehnungs-Ceremoniell" verliehen werden. — Ueber die Formen in Baden Bad. L. Ed. § 7.

[20]) Weber III. S. 131 ff., Mayr § 65, Beseler § 153. IV., v. Gerber § 113 N. 9 ff., Zachariä S. 93 ff., Reyscher II. § 366, Roth Mecklenb. S. 52 ff.

[21]) Solche Abgaben, früher herwede, später laudemium minus genannt, kommen schon in alter Zeit vor; z. B. erheben im J. 1180 (Franklin Reichshofgericht I. S. 52 N. 5) die homines curiae bei Belehnungen von Seiten des Königs den Anspruch auf eine exactio vel remuneratio. — Urk. v. 1245 (Franklin sententiae p. 8. no. 7): die vom Kaiser belehnten Erzbischöfe leisten eine Mark Goldes pro jure capelle nostre an den capellarius; ferner Lacomblet II. no. 453. a. 1258, Böhmer Regesten Rudolfs no. 55, 1056, goldene Bulle bei Kraut § 232. no. 35. Nachweisungen auch bei Homeyer S. 475. — Ueber die Abgaben nach den neueren Partikularrechten Roth Meckl. S. 55 ff., Reyscher § 374, Steinacker S. 573 f., Baier. Lehns-Edikt § 48.

[22]) Preuß. Ldr. I. 18. § 84, 85.

[23]) Ueber die Streitfrage, ob durch die Belehnung sofort die Gewere erworben werde, vgl. Stobbe in Ihering's Jahrbb. XII. S. 200, Heusler Gewere S. 65 ff., Planck Ger. Verf. I. S. 518 N. 16.

abusiva sei[24]), wenn erst später der Besitz erlangt werde; letztere gebe dem Vasall kein dingliches Recht, sondern nur ein jus ad rem, ein Recht auf Einweisung in den Besitz[25]).

Auch fehlte nach älterm deutschen Recht dem Vasallen, so lange er den Besitz nicht erlangt hat, eine wichtige Befugniß, das Recht der Folge; er kann von dem Nachfolger des Lehnsherrn nicht fordern, in den Besitz der Sache eingesetzt zu werden[26]).

Das neuere Lehnrecht dagegen befolgt unbedingt das Prinzip, daß das dingliche Recht am Grundstück durch den formellen Akt, unabhängig vom Besitzerwerb, begründet wird[27]). Der Vasall kann daher auch, ohne eingewiesen zu sein, das Gut vom dritten Besitzer vindiciren und steht nur demjenigen nach, welcher von demselben Lehnsherrn schon vorher beliehen ist oder ein stärkeres Recht am Gut erhalten hat[28]).

Wo der Lehnsverband aufgehoben ist, werden Lehngüter nach den Regeln des bürgerlichen Rechts erworben[29]).

IV. Während nach älterm deutschen Recht ein Lehnsverhältniß durch Verjährung nicht entstehen konnte und die rechte Gewere nach erfolgter Belehnung nur die Wirkung hatte, daß das angreifbare

---

[24]) II. F. 2. pr.: Investitura quidem proprie dicitur possessio, abusivo autem modo dicitur investitura, quando hasta vel aliud corporeum quodlibet porrigitur a domino feudi, se investituram facere dicente. Die Stelle sagt aber: das Wort investitura heißt eigentlich Besitz, in abgeleiteter Bedeutung auch Belehnung.

[25]) Vgl. v. Brünneck jus ad rem S. 42 ff., 51 ff. — Mynsinger obs. IV. no. 61 folgert z. B., daß wenn mit Bezug auf dasselbe Lehn zuerst eine inv. abusiva, dann eine propria stattfindet, der zweite dem ersten Vasallen vorgeht.

[26]) Al len ane gewere darvet der volge, Sächs. Lehnr. 59. § 3; Stobbe Gewere S. 446. — Eine interessante Anwendung des Satzes enthält Wasserschleben Rechtsquellen I. S. 128 ff.: der Vasall eines Bischofs war nie in den Besitz des Lehns gekommen; jetzt behauptet der Nachfolger des Bischofs, daß der Vasall gar kein Recht am Gute habe, S. 132.

[27]) z. B. Preuß. Ldr. I. 18. § 92, 93. — Baden'sches Lehnsedikt § 8: wenn der Vasall zur Zeit der Beleihung noch nicht im Besitz ist, erhält er als „Symbol des abgetretenen Besitzrechts" eine Urkunde, in welcher der jetzige Besitzer zur Abtretung des Besitzrechts aufgefordert wird.

[28]) Mayr § 66 N. 8—10.

[29]) z. B. Sächs. Gesetz v. 22. Mai 1872. § 8, 9 (Ges. S. S. 266).

Recht des Vasallen durch Zeitablauf unangreifbar wurde, hat das langobardische Recht trotz seines Prinzips, daß ein Lehn nur durch Belehnung entstehe (N. 1), doch auch die Verjährung zugelassen für den Fall, daß unter der Voraussetzung der bona fides auf beiden Seiten Jemand 30 Jahre ein Gut als Lehn besitzt und von ihm einer andern Person Lehnsdienste leistet[30]). Ein in dieser Weise entstandenes Lehn nannte man feudum informe. So kann der Lehnsherr das sog. dominium directum an einem Gut erlangen, dessen Eigenthümer ihm 30 Jahre Lehnsdienste leistete, oder der Besitzer das sog. dominium utile an einem Gut, welches der Eigenthümer ihm nie verlieh u. s. w.[31]). Diese Grundsätze wurden auch in die deutschen Partikularrechte aufgenommen[32]).

Die Praxis hat den langobardischen Satz weiter ausgedehnt und läßt ein Lehnsverhältniß im Fall eines justus titulus schon durch 10- resp. 20jährige Verjährung entstehen, während die 30jährige Verjährung nur beim Mangel eines Titels Platz greift[33]). Zweifellos findet die unvordenkliche Verjährung bei Lehen statt.

Ihre hauptsächlichste Anwendbarkeit findet die Verjährung in dem Fall, daß ein bestehendes Lehnsverhältniß auf ein in der ursprünglichen Belehnung nicht enthaltenes Objekt die betreffende Zeit hindurch thatsächlich ausgedehnt worden ist[34]).

---

[30]) II. F. 26. § 4 und Cap. extr. Jacobi de Ardizone II. F. 87. Ueber II. F. 33. pr. Homeyer S. 408. Von deutschen Rechtsquellen sagt das alte östr. Landr. c. 37, daß wer ein Lehen 12 Jahr und einen Tag in stiller Gewer hat, es fürbaß soll berübet haben an alle ansprach. — Gebrauch wird von dem langobardischen Prinzip bereits 1321 in einem Lehnserkenntniß gemacht bei Weber IV. S. 251. N. d.

[31]) Ueber die einzelnen Fälle Weber IV. S. 259 ff.

[32]) z. B. Const. Saxon. ined. a. 1572. c. 40, Preuß. Lbr. I. 18. § 80. — Ueber die Lehnsverjährung Pätz § 64—67, Weber IV. S. 249—263, Unterholzner II. § 242—245 (2. Ausg.), Beseler § 150; weitere Literatur bei Unterholzner § 242 N. 692.

[33]) Gegen die 10jährige Verjährung erklären sich unter den Neueren z. B. Weber IV. S. 252 f., Unterholzner II. § 243, Beseler § 156 N. 8, Roth Meckl. § 27 N. 27, vgl. auch Wippermann kl. Schriften III. S. 22 ff.; für dieselbe Pätz § 66, Mayr § 75 N. 8, 9, Eichhorn § 211, v. Gerber § 118 N. 4, Reyscher § 370. — Ueber das Requisit der bona fides vgl. auch Seuffert XV. no. 197.

[34]) Zachariä § 212 N. 2; vgl. auch Baden'sches L. Ed. § 35.

Unsere neuern Partikularrechte erklären die Verjährung für unwirksam[35]). Gegenwärtig ist die Frage ohne besonderes Interesse, da die Lehnsherrlichkeit meistens aufgehoben ist und neue Lehen nicht mehr entstehen sollen.

§ 121. Besondere Arten der Belehnung.

I. Eventualbelehnung. 1. Das Versprechen des Lehnsherrn an eine Person, daß sie in Zukunft ein zur Zeit ihm noch nicht erledigtes Lehen erhalten solle (Exspektanz, vgl. § 120 I.), konnte durch hinzutretende Belehnung (Eventualbelehnung) ein bedingtes dingliches Recht gewähren. Der Lehnsherr beleiht schon jetzt den künftigen Vasallen, sei es mit einem bestimmten, sei es mit dem zuerst ledig werdenden Lehn. In jenem Fall darf der Vasall das Gut ohne weiteres in Besitz nehmen, wenn es ledig wird; in diesem, in welchem sich die Belehnung unbestimmt auf dasjenige Gut bezieht, welches dem Herrn zuerst ledig werden wird, fällt dasselbe dem Herrn zunächst heim. Schon die sächsischen Rechtsbücher kannten dies Geschäft und nannten es, je nachdem es sich auf ein bestimmtes oder auf das zuerst ledig werdende Gut bezieht, gedinge oder wardunge. Doch ging das hiedurch begründete Rechtsverhältniß weder auf die Erben des Lehnsherrn, noch auf die des Vasallen über und erlosch auch noch in andern Fällen[1]).

2. Da nach langobardischem Recht das durch die Eventualbelehnung begründete Rechtsverhältniß aktiv und passiv auf die Erben

---

[35]) Baier. L. E. § 77: es soll kein Lehn durch Verjährung entstehen oder erlangt werden. Nach Bad. L. Ed. § 35 schafft die Verjährung von 30 Jahren und Jahr und Tag nur den Beweis der richtigen Entstehung.

[1]) Das genauere bei Homeyer S. 329—341; Er. ab Horn de investitura eventuali et exspectativa feudali, Berol. 1865. p. 3 ff. — Derselbe versucht nachzuweisen, daß, wenn es sich nicht um ein bestimmtes, sondern das zuerst heimfallende Gut handelt, keine Belehnung dem Anwärter ertheilt (keine Eventualbelehnung), sondern nur eine vertragsmäßige Exspektanz gegeben wurde. — Das Gedinge ging unbedingt der Wartung vor; wenn der Vasall des Guts, an welchem ein Gedinge geliehen ist, ohne Erben stirbt, so fällt dasselbe ohne weiteres an den Gedingsmann, auch wenn der Lehnsherr vor Ertheilung des Gedinges bereits einer andern Person eine Anwartschaft ertheilt hatte und dies Gut das erste ist, welches eröffnet wird; denn es fällt ja in diesem Fall das Lehn gar nicht dem Herrn an, Sächs. Lehnr. 7. § 1; Homeyer S. 339 f.

überging[2]), wurde die Vererblichkeit auch in den Partikularrechten angenommen[3]). Weil es sich um ein Lehnsobjekt handelt, geht das eventuelle Recht des Vasallen nur auf seine lehnsfähige Descendenz über; dagegen müssen die Eventualbelehnung die Nachfolger in der Lehnsherrlichkeit, auch wenn sie nicht Universalsuccessoren des Bestellers geworden sind (also bei Staatslehen der Regierungsnachfolger), anerkennen[4]). Während die Exspektanz das obligatorische Recht auf die künftige Belehnung giebt, entsteht durch die Eventualbelehnung ein suspensiv bedingtes dingliches Recht, welches, sobald der bisher besitzende Vasall und seine Rechtsnachfolger fortfallen, ohne weiteres Hinzuthun des Lehnsherrn seine vollen Wirkungen erhält[5]).

3. Da die Eventualbelehnung das Recht des besitzenden Vasallen und seiner Lehnserben nicht schmälert, bedarf sie nicht ihrer Genehmigung[6]).

Der Lehnsherr darf keine Handlungen vornehmen, durch welche er das Recht des Eventualbelehnten beeinträchtigt, also auch nicht die Genehmigung zu Veräußerungen des Guts durch den besitzenden Vasallen ertheilen[7]); vielmehr ist der Eventualbelehnte berechtigt,

---

[2]) Nach II. F. 26. § 3, I. F. 3. pr., I. F. 9 wurde die Eventualbelehnung passiv nicht vererbt, wenn der Lehnsherr eine persona ecclesiastica ist; in andern Fällen sind die Erben des Lehnsherrn verpflichtet I. F. 3. § 1, II. F. 26. § 3, I. F. 9. — Aktiv ist sie vererblich nach I. F. 9; jedoch wird hier angegeben, daß alii die entgegengesetzte Ansicht vertheidigten, welche aber verworfen wird.

[3]) Auch ohne fremden Einfluß fand die Vererblichkeit in Deutschland seit dem 14. Jahrh. Eingang, ab Horn p. 38 ff. — Const. Sax. II. 45 erklärt, daß, da „die Sächs. Rechte hierinnen etwas unklar", man sie nach gemeinem Recht interpretiren solle; insbesondere seien die Erben des Lehnsherrn gebunden. — Nach dem Baden'schen Ges. § 22 ist nur der Lehnsherr selbst, welcher sie ertheilte, verpflichtet, wogegen das aktive Recht vererbt wird.

[4]) Mayr § 73 N. 5, Beseler § 154 zu N. 14, v. Gerber § 115 N. 3; anderer Ansicht Eichhorn § 220 N. e.

[5]) v. Gerber § 115 N. 2, vgl. auch ab Horn p. 64; früher nahm man an, daß durch die Eventualbelehnung sofort ein dingliches Recht entstehe, z. B. Weber IV. S. 108 ff., Mayr § 72 N. 10, 11, § 73, Beseler § 154 N. 9. — Ueber suspensiv-bedingte dingliche Rechte vgl. Köppen in Ihering's Jahrbb. XI. S. 180 ff.

[6]) Weber IV. S. 116 ff., anders nach Baden'schem Ges. § 22.

[7]) Eichhorn § 230 N. c, Beseler § 154 N. 11, v. Gerber § 115 N. 5;

nach dem Tode des besitzenden Vasallen und seiner sämmtlichen Lehnsfolger die erfolgte Veräußerung zu widerrufen und das Gut von dem spätern Erwerber mit einer dinglichen Klage herauszuverlangen[8]).

4. Collidirt eine Eventualbelehnung mit einer Exspektanz, so geht erstere unbedingt vor[9]).

5. Wo nichts anderes nach Partikularrecht gilt, brauchen die Eventualbelehnten und deren Erben bei einer Veränderung in der Person des Lehnsherrn oder beim Tode des durch die Eventualbelehnung zunächst Berechtigten die Lehnserneuerung nicht nachzusuchen[10]).

6. Auch schon vor den Allodifikationsgesetzen kamen Eventualbelehnungen in neuerer Zeit nur selten vor[11]). In Folge der Allodifikation gehen die durch die Eventualbelehnung begründeten Rechte nicht unter, falls das Gesetz nicht das entgegengesetzte bestimmt[12]).

II. Die Gesammtbelehnung und Mitbelehnung. Auch durch Gesammtbelehnung oder Belehnung zur gesammten Hand (investitura simultanea, inv. juris Germanici oder auch, da sie besonders in Sachsen ausgebildet war, inv. juris Saxonici) konnte

---

indessen besteht hier eine Controverse, vgl. Struben Bedenken I. no. 89, III. no. 140, Weber IV. S. 125 ff., Mayr § 73 N. 10.

[8]) Abweichend bestimmt das Preuß. Ldr. I. 18. § 472, daß der Eventualbelehnte gegen Dritte kein Recht hat.

[9]) Eichhorn § 220 N. q will den Eventualbelehnten nur dann bevorzugen, wenn er auch vorher in den Besitz des Lehns gelangt.

[10]) Const. Sax. II. 45. 3. Absatz (vgl. aber aus den Vorberathungen Schletter kursächs. Constitutt. S. 290. N.), Struben Bedenken I. no. 88. § 4, Weber IV. S. 192 f. — Dagegen wird die Lehnserneuerung bei einer Veränderung in manu dominante nach dem kursächs. Lehnsmandat I. § 1 und ganz allgemein nach dem Baden'schen Gesetz § 22 gefordert.

[11]) Schon im Statutenbuch von Duderstadt aus dem 15. Jahrhundert werden Eventualbelehnungen verboten, Gengler c. jur. mun. I. p. 926. XI; ungebräuchlich waren sie längst in Meckl. und Sachsen, Roth § 62, 63, Zachariä § 111 N. 1; sie sollen nicht mehr ertheilt werden nach dem Baier. Lehnsedikt § 41 und der Sächs. Verf. U. v. 4. Sept. 1831. § 17.

[12]) Nach dem Preuß. Ldr. I. 18. § 655 erlöschen durch Aufhebung der Lehnsverbindung alle nicht ausdrücklich ausgenommenen Anwartschaften und Eventualbelehnungen. Vgl. übrigens auch oben zu § 117 die Zusammenstellung über die Allodifikationsgesetze.

der Lehnsherr Jemandem ein künftiges Recht an einem Lehen konstituiren, welches sich zur Zeit noch im Besitz eines Vasallen befindet. Doch sind verschiedene Perioden in Rücksicht auf das Wesen der gesammten Hand zu unterscheiden[13].

1. Wenn in älterer Zeit der Lehnsherr mehreren Personen, sei es den mehreren Söhnen des verstorbenen Vasallen oder bei Neubegründung eines Lehns überhaupt mehreren, vielleicht mit einander gar nicht verwandten Personen dasselbe Gut zusammen, zu gesammter Hand lieh, erlangten dieselben ein gleiches Recht; sie alle wurden Vasallen und befanden sich gleichmäßig im Besitz und Genuß. Gemäß der ursprünglichen Auffassung der gesammten Hand galten sie dem Herrn gegenüber wie eine Person und sollten sich auch in ungetheilter Lebensgemeinschaft befinden[14]. Das Lehen gehörte ihnen in der Weise gemeinschaftlich, daß keiner an einer bestimmten ideellen Quote berechtigt war; keiner durfte über einen Theil, sondern nur sie alle zusammen über das gesammte Gut verfügen[15]. Die Kinder des sterbenden Gesammthänders traten an seine Stelle[16]; starb er ohne Kinder, so fiel nicht ein der bisherigen Zahl der Gesammthänder entsprechender Theil dem Herrn als erblos heim oder den überlebenden Gesammthändern zu, sondern dieselben hatten weiter das Gut gemeinsam, mit dem Unterschiede, daß sich ihre Anzahl verringert hat[17]. — Später nahm man intellektuelle

---

[13]) Ueber die ältere Geschichte der gesammten Hand Duncker Gesammteigenthum S. 80—113, Homeyer S. 457—467, v. Sicherer über die Gesammtbelehnung in deutschen Fürstenthümern. München 1865. — Ueber das neuere Recht Stölzel zur Lehre von den verschiedenen Lehnrechtssystemen und von der Wahrung der gesammten Hand, im Arch. f. prakt. R. W. X. 1863. S. 184—216 (hier auch S. 184 ff. über die Literatur) und Hauser in s. Ztschr. II. S. 451 ff.

[14]) Vgl. oben § 81 und Stobbe in d. Ztschr. f. R. G. IV. S. 245 f. — Eine Theilung der Nutzungen nach Quoten ergiebt sich bereits in den Gosl. Statt. S. 17. Z. 27 ff. und störte nicht die gesammte Hand. — Eine Theilung per modum, qui dicitur mutschar in d. Urk. v. 1321 bei Böhmer C. D. Monofr. I. 459. — Andere Stellen bei Lexer Wörterb. I. 2247, Wippermann kl. Schriften. Heft 1. S. 17.

[15]) Kraut § 75. no. 37, § 210. no. 14, 15.

[16]) Sächs. Lehnr. 32. § 2.

[17]) Stobbe a. a. O. S. 243 f.

Theile der Einzelnen an und ließ Jeden über seinen Theil Dispositionen treffen[18]).

Theilen die Gesammthänder, wozu sie nach älterm Recht befugt waren, das Lehen realiter unter sich, so entstehen mehrere Lehen und ist die gesammte Hand gebrochen. Stirbt dann Einer von ihnen ohne Erben, so haben die Andern kein Recht an seiner Quote, sondern fällt dieselbe dem Herrn heim[19]).

2. Doch wurden diese Grundsätze schon während des Mittelalters modifizirt und es kamen bald nach dem sächsischen Lehnrecht Festsetzungen vor, daß wegen der Form der Belehnung zur gesammten Hand auch trotz der Realtheilung die Wirkungen der gesammten Hand eintreten und beim Tode eines Gesammthänders ohne Descendenz in seinen Theil die andern succediren sollten[20]).

3. Eine noch spätere Gestaltung der gesammten Hand ist es, daß die Mehreren zur gesammten Hand beliehen werden, aber nur Einer den Besitz und Genuß erhält. Zunächst suchte man den Schein der gemeinschaftlichen Nutzung und Herrschaft dadurch aufrecht zu erhalten, daß die Andern einen Zins aus dem Lehn erhielten (census recognitionis causa) oder daß die Leute, welche auf dem Lehn saßen, ihnen huldigten[21]). Später haben die Andern gar keine Einwirkung auf das Gut und keinen Vortheil aus ihm und treten doch die Wirkungen der gesammten Hand ein[22]). Hier

---

[18]) Duncker S. 91 ff., Homeyer S. 462 f., 464 f.

[19]) Sächs. Lehnr. 32. § 1.

[20]) z. B. Gercken C. D. Brandenb. II. p. 562: den mehreren Brüdern wird gestattet, dat sie ihre kost und ihre gut mogen enzwei setten u. deylen wo sie willen. Dat en schal en an irer samenden hand nicht hindern und lihen en eyn recht angevelle; vgl. auch II. no. 337. — Urk. v. 1261 (Schöpflin Als. diplom. no. 600): Item quod si judicium communi dividundo inter se fecerint, si quemquam eorum sine legitimis cujusque sexus heredibus decedere contigerit, ad fratres superstites aut superstitem eadem divisione non obstante feudum ipsum integraliter devolvatur. Vgl. auch Duncker S. 101 ff., wo spätere Urkunden abgedruckt sind, und Homeyer S. 466 f. — Const. Sax. II. 45. Abs. 5: bei Theilung sollen die Gesammthänder „anderweit Verneuerung des Gesammtnisses . . . . erlangen, die ihnen auch unwiderleglich geliehen werden soll."

[21]) Duncker S. 99 ff.

[22]) Auch derartige Belehnungen kommen schon im 13. Jahrh. vor; z. B. Böhmer Regesten v. 1252, 1254. no. 158, 213, v. 1307. no. 562.

war die gesammte Hand ein Mittel, um den Agnaten und dritten Personen, welche an sich kein Erbrecht hatten, ein Nachfolgerecht in gleicher Weise zu verschaffen, als ob es ihnen bereits gesetzlich zustände oder durch Eventualbelehnung ertheilt wäre[23]).

4. Nach neuerem sächsischen Recht durfte der Vasall bei der Investitur dem Lehnsherrn noch einige Personen zur Mitbelehnung präsentiren (coinvestiti praesentati oder simultanee investiti voluntarii im Gegensatz gegen die Verwandten, coinvestiti nati), um ihnen für die Zukunft die Nachfolge zu verschaffen[24]).

5. Sowohl bei der ältern, wie bei der neuern Gestaltung der gesammten Hand mußten die Gesammtbelehnten, weil sie als Vasallen galten, nach denselben Grundsätzen wie der besitzende Vasall die Lehnserneuerung nachsuchen und verloren bei Unterlassung derselben ihr Nachfolgerecht[25]). Nach neueren Gesetzen sollen die Rechte

---

[23]) Mit Recht wird in einer sächs. Denkschrift (bei Schletter kursächs. Constitt. S. 290. N.) der Unterschied hervorgehoben, daß die Eventualbelehnung ohne Vorwissen des Besitzers, die Mitbelehnung mit demselben gegeben wird. — Das Recht aber, welches diese beide Arten von Belehnung ertheilen, ist gleich, Duncker S. 95 ff. — Uebrigens kommt es auch vor, daß ein bereits bestehendes Successionsrecht durch die gesammte Hand nur bekräftigt wird.

[24]) Sächs. Mandat VII. § 1, Gothaisches Lehnsmand. § 173 ff., Zachariä § 87 ff.

[25]) Hommel rh. no. 910, Weber IV. S. 193 ff., Mayr § 96 N. 19 ff., Stölzel S. 192 ff., Roth Meckl. § 23 N. 11, 19, Grefe II. S. 123, Steinacker S. 570, Seuffert I. no. 21 (Großherzgth. Hessen). — Altenb. Eb. IV. § 9, 10. — Gothaisches Mandat § 8—10. — In welchem Umfange die Erneuerung erforderlich sei, ist partikularrechtlich verschieden geordnet: nach Const. Sax. II. 45. Abs. 4 (vgl. dazu Schletter S. 290 N.) beim Tode des Lehnsherrn oder des besitzenden Vasallen; außerdem sollen aber auch die Söhne eines Gesammthänders bei dessen Tode die Lehnserneuerung nachsuchen, Kursächs. Lehnsmandat I. § 1 (Kraut § 214. no. 26). — Nach dem R. v. Weimar v. 1797 (Emminghaus S. 715. no. 18) müssen, wenn ein Gesammthänder stirbt, die übrigen die Belehnung erneuern lassen. — Dagegen Sächs. Ges. v. 22. Febr. 1834. § 2: „die Erneuerung der Mitbelehnschaft findet bei Veränderungen, die sich in der Person des Hauptvasallen ereignen, künftig nicht weiter statt." — An andern Orten wurde bestimmt, daß die Lehnserneuerung nur beim Anfall der Succession (L. O. f. d. Markgrafschaft Oberlausitz v. 1653) oder nur beim Thronfall (Revers f. d. Neumark v. 1611) erforderlich sei, Duncker S. 111. — Vgl. auch über Fuldaisches R. Pfeiffer Ausführungen V. S. 13 f. Nach dem Baden'schen Edikt § 21 sollen zur Erhaltung des Lehnerbrechts bei

der Gesammtbelehnten durch ihre Eintragung im Hypothekenbuch sicher gestellt werden[26]).

Das durch die Gesammtbelehnung erworbene Recht geht durch Veräußerung des Lehns von Seiten des besitzenden Vasallen nicht verloren, außer wenn die Gesammthänder ihre Einwilligung ertheilt haben oder der Erwerber des Guts durch Verjährung ein unangreifbares Recht erlangt hat[27]).

6. Von der deutschen Gesammtbelehnung völlig verschieden ist die Mitbelehnung (coinvestitura) des langobardischen Rechts: hier erscheint, wenn ein Lehn mehreren Personen zusammen geliehen ist, jeder als Vasall auf einen intellektuellen Theil; es bestehen mehrere Lehen, welche dadurch eine gewisse Zusammengehörigkeit haben, daß sie sich alle auf ein reell ungetheiltes Gut beziehen. Stirbt einer der mehreren Vasallen, so wird er von den Andern nur unter der Voraussetzung beerbt, daß sie auf Grund der Verwandtschaft oder des besondern Investiturvertrages ein Erbrecht haben; fehlt es daran, so fällt der betreffende Theil dem Herrn heim[28]).

Diese Grundsätze des fremden Rechts und mit ihnen zugleich der langobardische Satz, daß alle Descendenten des primus acquirens successionsberechtigt seien, wurden in vielen Gegenden so fest recipirt, daß hier von der deutschen gesammten Hand keine Rede

---

der Belehnung in Erneuerungsfällen die erbberechtigten Seitenverwandten mitgenannt werden.

[26]) Das Preuß. Edikt v. 4. Aug. 1763 machte ihre Successionsberechtigung von dieser Eintragung abhängig (genauer bei v. Wilmowski § 17 ff.); nach dem Pr. Landr. I. 18. § 290 ff. bedarf es dieser Eintragung, um beeinträchtigende Verfügungen über das Lehn anfechten und widerrufen zu können; dagegen ist sie nach § 421 für die Erhaltung des Successionsrechts nur rathsam, aber nicht erforderlich, und soll (§ 411 ff.) daneben die Erneuerung des Rechts da stattfinden, wo dies in Provinzialgesetzen vorgeschrieben ist, während, wo keine solche Vorschrift besteht, die Erneuerung erst dann stattzufinden hat, „wenn sie (die Mitbelehnten) zur Succession berufen werden." Vgl. auch d. Preuß. Ges. v. 18. April 1855 über die Nothwendigkeit, nach eingetretener Allodifikation die Mitbelehnschaft beim zuständigen Obergericht zu den Lehnsakten anzumelden. — Ebenso fordert das Gothaische Gesetz v. 28. Juni 1856. § 10, 12, 14 die Eintragung zur Conversation des Rechts; über Baiern Roth B. II. § 209 N. 14. Vgl. auch die sonstigen Allodifikationsgesetze.

[27]) Const. Sax. II. 45. Abs. 6; Preuß. Ldr. I. 18. § 289.

[28]) II. F. 8. § 2, I. F. 14. § 2, II. F. 12. pr., II. F. 18.

mehr ist[29]). Wo man aber, wie in den sächsischen Landen, daran festhielt, daß nur die Descendenz des letzten Besitzers successionsberechtigt sei, konnten die Agnaten nur unter Vermittlung der gesammten Hand das Recht der Nachfolge erhalten[30]). Doch sind auch hier die aus Gesammtbelehnungen entspringenden Rechte vielfach aufgehoben worden[31]).

Wo ein Lehen allodifizirt ist, kann eine Mitbelehnung natürlich nicht mehr vorkommen und vererben die Mitbelehnten ihr Recht ohne Lehnserneuerung entweder ohne Weiteres auf ihre Descendenz, oder unter der Voraussetzung, daß dasselbe im Hypothekenbuch oder in besondern Registern eingetragen ist (N. 26)[32]).

III. Die Lehen wurden regelmäßig für die Familie des Vasallen errichtet, so daß sie sich vom Vater auf den Sohn oder auch weiter auf die Agnaten vererbten. Doch waren im Mittelalter auch Verabredungen zulässig, daß das Lehnsverhältniß von kürzerer Dauer sein sollte, indem es nur für eine bestimmte Zeit[33]) oder für eine bestimmte Person ohne das Recht der Vererbung[34]) oder in der

---

[29]) Vgl. z. B. Fichard consilia I. no. 6 u. I. no. 11, welcher es leugnet, daß mit der Simultaninvestitur das Recht der Nachfolge verbunden sei, und sich in Spöttereien über die entgegengesetzte Ansicht, über das judicium parium und die homines idiotae ergeht. — In Mecklenburg, wo seit dem 14. Jahrhundert einzelne Fälle vorgekommen waren, ist die gesammte Hand seit dem 16. Jahrh. nicht mehr herkömmlich, Roth Meckl. Lehnr. S. 93 ff.; über ihr geringes Vorkommen in Würtemberg Reyscher II. § 369 N. 5.

[30]) Struben Bedenken I. no. 88 (Braunschweig), Pufendorf IV. no. 120, besonders § 12, 13. — v. Sicherer (vgl. N. 13) führt den Nachweis in Betreff der reichslehnbaren Territorien, daß die Erbfolgeberechtigung der Agnaten in einzelnen, besonders in den im Sachsensp. III. 62. § 2 genannten 7 sächsischen Fahnlehen, auf der gesammten Hand beruhte, während sie in den andern zu Folge des Einflusses des langob. Rechts oder der Weiterbildung des deutschen Rechts ein selbständiges Dasein hat.

[31]) In Braunschweig bereits 1637, Steinacker S. 577. — Nach dem Baier. Lehnsedikt § 44, 61 sollen die Descendenten des ersten Erwerbers Successionsrechte haben und alle Mitbelehnungen fortfallen.

[32]) Vgl. die detaillirten Bestimmungen des sächs. Gesetzes v. 22. Mai 1875, welches § 15 ff. die Eintragung in besondere öffentliche Register fordert.

[33]) So z. B., wenn für die Zeit der Unmündigkeit des Vasallen einem Andern das anevelle geliehen wird, vgl. § 119 N. 37 ff., Homeyer S. 485 ff.

[34]) So wird der Wittwe das Lehn ihres Mannes geliehen, Homeyer S. 358 ff., v. Martitz ehel. Güterr. S. 145 ff., 205 ff.; vgl. auch Erzb.

Weise begründet wurde, daß der Vasall das Gut dem Herrn jeder Zeit[35]) oder bei Eintritt einer bestimmten Bedingung zurückgeben sollte. Dahin gehört auch das Pfandlehen, indem der Schuldner dem Gläubiger ein Gut in der Art zu Pfand giebt, daß er als Lehnsherr ihn mit demselben belehnt nnd der Gläubiger es ihm bei Tilgung der Schuld wieder zurückgeben soll[36]).

In neuerer Zeit sind derartige zeitlich beschränkte Lehen ganz außer Uebung[37]).

§ 122. Die Lehnsherrlichkeit.

I. 1. Das Recht des Lehnsherrn besteht aus persönlichen und dinglichen Elementen, aus einer persönlichen Herrschaft über den Vasallen, welcher zu Lehnsdiensten und zur Lehnstreue verpflichtet ist, nnd aus einer dinglichen Herrschaft über das Lehnsobjekt, indem er entweder das Eigenthum hat oder, wenn er selbst bereits von einem Lehnsherrn beliehen und nur unterer Herr ist, ein vasallitisches Nutzungsrecht an dem Gut hat, welches freilich durch die von ihm selbst ausgehende Verleihung beschränkt ist.

2. Da man das dingliche Element als das stärkere betrachtete, welches gewissermaßen als seinen Appendix das persönliche nach sich zieht, ließ das ältere deutsche Recht auch ohne Genehmigung des Vasallen die Veräußerung des lehnsherrlichen Rechts zu, falls sie das Recht des Vasallen nicht verschlechterte[1]). Der vasallitischen Genehmigung bedurfte es dagegen, wenn das Gut an einen niedrigeren Herrn veräußert oder in der Art getheilt wurde, daß der

---

Günther's v. Magdeb. Lehnsbericht v. J. 1440. § 6 (Steffenhagen deutsche Rechtsquellen in Preußen S. 108).

[35]) Leihe auf Treue, Homeyer S. 343 ff., Ficker Heerschild S. 10, 327.

[36]) Ueber das Pfandlehn Mayr § 49, Homeyer S. 345 ff., v. Gerber § 108 N. 14—19, v. Meibom Pfandrecht S. 358—391, Kohler pfandrechtl. Forschungen S. 290 ff.

[37]) z. B. Roth § 22 N. 7. — Das Pfandlehen wird erwähnt im Preuß. Landr. I. 18. § 75—78. — Bei Allodifikationen wird auch das Pfandlehen Eigenthum des Gläubigers; aber es behält der ehemalige Lehnsherr das Auslösungsrecht, Dernburg I. § 366 N. 7.

[1]) Quellenstellen über die Veräußerung bei Kraut § 232; über das ältere deutsche Recht Homeyer S. 386 ff.

Vasall jetzt mehrere Herrn erhielt. Im Fall einer erlaubten Veräußerung muß sich der Vasall an den neuen Herrn weisen lassen, um mit ihm das Lehnsverhältniß anzuknüpfen. Nach langobardischem Lehnrecht ist überhaupt zu Veräußerungen die Genehmigung des Vasallen erforderlich[2]).

In Deutschland hielt man später in einzelnen Rechtsgebieten daran fest, daß die Stellung des Vasallen nicht geniedrigt werden dürfe[3]); in andern achtete man bei der Bedeutungslosigkeit des persönlichen Elements diese Schranke nicht mehr. Wo nur der Landesherr Lehnsherr sein kann, ist natürlich eine Veräußerung der Lehnsherrlichkeit nicht mehr möglich.

3. Steht die Lehnsherrlichkeit dem Staat oder juristischen Personen zu, so wird sie durch Vertreter, beim Staat durch den Regenten (prodominium sublime), bei juristischen Personen durch einen Repräsentanten derselben (prodom. simplex) ausgeübt.

II. Persönliche Rechte. 1. Der Vasall ist dem Herrn zur Treue verpflichtet und verspricht sie ihm im Lehnseide. Durch denselben geht er keine einfach obligatorische Verbindlichkeit ein, sondern verspricht, sich mit seiner ganzen Person dem Herrn unterzuordnen; er will ihm treu, hold und gewärtig sein, ihm Achtung und Ehrerbietung erweisen, jeder Zeit Beistand leisten, Gefahr und Nachtheil von ihm abwenden u. s. w. Nach früherem Recht durfte er selbst Verbrechen des Herrn nicht zur Anzeige oder Anklage bringen oder in Strafsachen gegen ihn Zeugniß leisten[4]).

Gegenwärtig ist diese allgemeine Lehnstreue von geringer Bedeutung und muß bei einer Collision mit den staatsbürgerlichen Pflichten zurücktreten; insbesondere darf nicht der Vasall mit Berufung auf sie das Gerichtszeugniß gegen den Lehnsherrn verweigern[5]).

---

[2]) II. F. 34, mit Bezug auf ein Gesetz König Conrads; doch wird hier auch auf partikuläre Lehnsgebräuche Bezug genommen, nach denen die Genehmigung des Vasallen nur bei einer Veräußerung an einen niedrigeren Herrn erforderlich ist.

[3]) Pr. Ldr. I. 18. § 182; Baden'sches Ed. § 24: „die Lehnsherrlichkeit kann nicht zur ärgeren Hand übertragen werden."

[4]) Ueber das letztere Homeyer S. 373 f., II. F. 33. § 5.

[5]) Pr. Ldr. I. 18. § 143 ff., 149: „Handlungen des Vasallen, wodurch der-

2. Der Vasall war regelmäßig dem Herrn zu Diensten, bei eigentlichen Lehen zu ritterlichen Diensten verpflichtet, welche theils Kriegsdienste, theils Hofdienste waren. Das Maß und die Art der Kriegspflicht war in Partikularrechten und den Lehnsverträgen genauer normirt[6]). Schon in vergangenen Jahrhunderten wurden diese Kriegsdienste in manchen Ländern abgelöst[7]) und als Aequivalent dafür Steuern, sog. Ritterpferdsgelder, auf die Güter gelegt (die sog. Adäration des Lehnsdienstes)[8]); und heutzutage kommen sie gar nicht mehr vor, da die Kriegspflicht nicht auf einem besondern Versprechen beruht, sondern eine allgemeine staatsbürgerliche Pflicht ist.

Hofdienste (sog. Hoffahrt) werden auch jetzt noch in einzelnen Ländern gefordert[9]).

---

selbe nur die durch Gesetze vorgeschriebenen bürgerlichen und Unterthanenpflichten befolgt, können, wenn sie auch zum Nachtheil des Lehnsherrn ausschlagen, für Felonie niemals geachtet werden." — Nach dem Baier. Ed. § 80 verpflichtet die Lehnstreue den Vasallen, ohne Bewilligung des Lehnsherrn nicht in fremde Staats- oder Kriegsdienste zu treten; vgl. auch § 183. — Zachariä § 132.

[6]) Vgl. z. B. Kraut § 229. no. 8—11. — Struben Nebenstunden I. no. 5. — Ueber den Lehnsdienst in Mecklenburg Roth S. 87 ff.

[7]) z. B. Mon. Boica XXVIII^b p. 510 (auch XXIX^b p. 224) v. J. 1256 ein Weisthum über die Königssteuer der Ministerialen von Passau an ihren Bischof: quod infeudati .... pro predicto jure, quod chunigsteura dicitur, non tenentur ire cum Domino Episcopo in negotiis Imperii nec dare steuras ad eandem expeditionem. Si vero alias pro necessitate Ecclesiae iverit, illuc sibi obsequi tenebantur. — R. v. Blankenberg in Westph. bei Grimm Weisth. III. S. 21. — In Mecklenburg bestand der persönliche Lehnskriegsdienst bis in das 16. Jahrh. hinein, Roth § 30 N. 32 und § 31; ebenso in Braunschweig, Steinacker § 253 N. 4. In Sachsen wurde 1704 das letzte Aufgebot erlassen; doch kam es nicht zur wirklichen Leistung der Ritterdienste, Zachariä § 134 N. 1.

[8]) In Würtemberg war die Dienstpflicht noch bis in dies Jahrhundert anerkannt; doch war es dem Vasallen freigestellt, statt des Naturaldienstes ein Ersatzgeld für jedes Lehnpferd zu erlegen, Reyscher II. § 380. — Ueber die Ritterpferdgelder in Sachsen Zachariä § 135. — Eichhorn über Allodifikation der Lehen. 1828. S. 13 ff. — Einige Nachweise bei Kraut § 229. no. 13—19. — Nach dem Baier. Lehns-Ed. § 81: „jährliche Ablösungstaxe an den obersten Lehenhof", vgl. auch § 82 u. 83.

[9]) In Mecklenburg (Roth § 32) gehörte im 16. und 17. Jahrh. dahin auch die Pflicht, auf den Landtagen zu erscheinen; jetzt kann der Landesherr jeder Zeit, nicht bloß bei besondern Gelegenheiten, Ehrendienste fordern. —

3. Der Vasall war verpflichtet, in Lehnssachen die Gerichtsbarkeit seines Herrn anzuerkennen und ihm bei Ausübung derselben zur Seite zu stehen[10]). Vor dem Lehnsgericht, welches der Herr mit seinen Mannen als Beisitzern abhielt (pares curiae, Lehnshof, curia feudalis), wurden Handlungen freiwilliger Gerichtsbarkeit vorgenommen und Lehnsstreitigkeiten entschieden.

Nach älterm deutschen Recht gehörten vor die Lehnsgerichte alle Streitigkeiten zwischen dem Herrn und Vasallen und zwischen zwei Vasallen desselben Herrn, falls sie sich auf das Lehnsverhältniß bezogen[11]). Im langobardischen Recht werden nur einzelne Fälle ohne festes Prinzip aufgezählt. Die Abgrenzung der Lehnsgerichtsbarkeit gegen die landrechtliche gehörte dem Partikularrecht an; regelmäßig erstreckte erstere sich weiter, als nach älterm deutschen Recht, auch auf Streitigkeiten zwischem dem Land- und Lehnserben, auf die Sonderung des Lehns vom Allod, auf die Fälle von Lehnsschulden und den Konkurs über ein Lehngut, auf Prozesse mit dritten Personen, welche Stücke des Guts als Allod in Anspruch nehmen u. s. w.[12]).

Nach dem Baden'schen Ed. § 26: Erscheinen zur Vermählungsfeier des Lehnsherrn oder seines dereinstigen Nachfolgers, zum Antritt der Lehnsregierung und zur Leichenbegleitung des Lehnsherrn und Lehnsfolgers. — Baier. Ed. § 81: am Hof des Herrn erscheinen, sobald dieser es fordert. — In Sachsen und Braunschweig waren die Ehrendienste schon längst außer Gebrauch, Zachariä § 136, Steinacker § 253 N. 5.

[10]) In der Karolingischen Zeit gehörten die Streitigkeiten zwischen dem Herrn und Vasallen über die Benefizien zur Competenz der öffentlichen Gerichte; die Lehnsgerichtsbarkeit hat sich erst in der folgenden Zeit entwickelt, Roth Feudalität und Unterthanenverband S. 224 ff., vgl. auch S. 213 N., Waitz Verf. G. IV. S. 227 f., 391.

[11]) Homeyer II. S. 563 ff., Planck Ger. Verf. I. S. 15 ff.

[12]) Nachweisungen aus dem Mittelalter bei Kühns Gerichtsverfassung in d. Mark Brandenburg II. S. 303 ff. — Ueber das spätere Recht vgl. Hommel rhaps. no. 805, 809, 812, 821, 822, 824, 826—828, 832, 834 ff., 842, 843, 855—862, Pufendorf IV. no. 174, Eichhorn § 215. — Roth § 35, Zachariä § 233, Pfeiffer prakt. Ausführ. II. no. 8. S. 318 ff. (speziell über Kurhessen S. 321 ff.). — Viel beschränkter ist die Competenz nach dem Preuß. Landr. I. 18. § 170: „nur Streitigkeiten zwischen dem Lehnsherrn und dem Vasallen, den Agnaten oder Mitbelehnten, oder zwischen diesen unter sich, welche die aus der Lehnseigenschaft entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten betreffen", § 171, 172.

Aber schon längst werden nicht mehr die mit Mannen besetzten Lehnsgerichte abgehalten[13]), sondern die Lehnsstreitigkeiten von den staatlichen Gerichten entschieden[14]), woher dieser Ausfluß der Lehnstreue gleichfalls verschwunden ist. Die neue Justizgesetzgebung kennt keine besondern Lehnsgerichte, so daß jetzt in ganz Deutschland Lehnssachen vor die ordentlichen Gerichte gehören.

Für freiwillige Lehnssachen (Belehnungen, Bestätigung von Verträgen über das Lehn, Bestellung von Lehnsvormündern) wurden besondere höhere Verwaltungsbehörden bestimmt (Lehnskammern, Lehnshöfe) und haben theilweise noch ihre Competenz behalten[15]).

4. Der Lehnsherr hat gegenüber dem Vasallen ein Recht auf Lehnserneuerung[16]). Da die Lehen ursprünglich nicht erblich waren,

---

[13]) Ueber Lehnsgerichte in der Mark Brandenburg Kühns II. S. 303 ff. — Ueber die Beisitzer in den Lehnsgerichten Planck I. S. 105—107. Schon am Ende des Mittelalters zog man zu den Lehnsgerichten auch andere Personen zu, welche nicht Mannen waren, Stobbe Gesch. der d. Rechtsquellen II. S. 97 N. 52, S. 110, S. 134 N. 78. — Ein interessantes Protokoll über ein Mannengericht zu Hersfeld v. J. 1523 bei Grimm Weisth. III. S. 340—342. — Als letztes Beispiel eines Mannengerichts wird überall das des Fürsten von Hohenlohe v. J. 1788 angeführt (Kraut § 231. no. 12). In Mecklenburg (vgl. Roth § 33 ff.) wurde schon 1725 vom Herzog bemerkt, daß das judicium parium seit ein bis zweihundert Jahren außer Uebung sei, und wird die Mannengerichtsbarkeit durch den Erbvergleich von 1755 beseitigt, Roth § 34 N. 34, 35. — Struben Bed. III. no. 88 führt eine Anzahl von Ländern auf, in denen seiner Behauptung gemäß noch Lehnsgerichte beständen; indessen sind seine Nachrichten auch für die damalige Zeit mit Mißtrauen aufzunehmen.

[14]) Das Preuß. Landr. I. 18. § 169 hielt die besondere Lehnsgerichtsbarkeit noch in gewissem Umfange aufrecht. — Nach dem Baier. Ed. § 214, 215 sollen alle streitigen Lehnssachen von den Gerichtshöfen im gewöhnlichen Prozeßverfahren entschieden werden; vgl. auch Grefe II. S. 118 ff., Reyscher II. § 383 N. 5.

In dem Baden'schen Edikt § 25, welches außer dem Landesherrn auch noch Standesherrn als Lehnsherrn kennt, wurde es bei deren Lehnsgerichtsbarkeit (nicht Mannengerichte, sondern der Hof des Lehnsherrn) noch gelassen. — Dagegen waren in der Provinz Sachsen, wo noch Privat- oder Afterlehen bestanden, die Privatlehnshöfe nicht mehr zur Entscheidung von Prozessen, sondern höchstens für Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit kompetent, vgl. Pinder I. § 2457—2459, und II. S. 609 ff.

[15]) Preuß. Landr. I. 18. § 166, 167, Baier. Ed. § 216 ff., Grefe II. S. 117 f.

[16]) Ueber das ältere deutsche Recht Homeyer S. 469; im allgemeinen

lag es im Belieben des Erben des Lehnsherrn, ob er sie dem Vasallen lassen, und im Belieben des Lehnsherrn, ob er sie den Erben seines Vasallen wieder leihen wollte. Daher sollten beim Tode des Lehnsherrn oder des Vasallen der Vasall resp. der Erbe desselben den Herrn um die neue Verleihung des Lehns ersuchen (muthen, sinnen). Dabei blieb es auch, nachdem die Lehen längst erblich geworden waren, und es bedurfte bei einer Aenderung in der Person des Lehnsherrn (Thronfall) oder in der des Vasallen (Lehnsfall) der Lehnserneuerung; dieselbe war dadurch besonders motivirt, daß der Vasall dem Herrn die Treue von Person zu Person angeloben sollte.

Der Vasall hat das Lehen innerhalb Jahr und Tag nach erlangter Wissenschaft von der Veränderung in der herrschenden oder dienenden Hand zu muthen[17]; ist er in dieser Zeit an der Muthung verhindert, so soll er eine Verlängerung der Frist nachsuchen (Lehnsindult). Für den unmündigen Vasallen muthete nach älterm deutschen Recht der Vormund und der Vasall schwor den Treueid erst, nachdem er mündig geworden war[18]. Nach langobardischem Recht brauchte für den unmündigen Vasallen nicht gemuthet zu werden und begann die einjährige Muthungsfrist erst nach erreichter Mündigkeit zu laufen[19]. Von den Partikularrechten halten mehrere am ältern Standpunkt fest und verpflichten den Vormund zur Muthung für den Unmündigen[20].

Weber IV. S. 173—229. — Vgl. auch das Sächs. Mand. v. 1764, wie es mit Suchung und Renovation der Lehen gehalten werden soll; Pr. Landr. I. 18. § 102 ff. — Ueber die Lehnserneuerung von Seiten der Eventualbelehnten und der Gesammthänder oben § 121 N. 10, 25.

[17]) Jahr und Tag nach älterm deutschen Recht Homeyer S. 470, im Sinne von ein Jahr, 6 Wochen und 3 Tagen (oben I. § 68 N. 5 ff.); in II. F. 24. pr., II. F. 40. pr., II. F. 52. § 3, II. F. 55: per annum et diem, wogegen I. 22. pr: annum et mensem (über diese ital. Frist oben I. § 68 N. 11). — 1 Jahr, 6 Wochen, 3 Tage nach Würt. Recht (Reyscher II. § 372 N. 1), nach dem Baier. Lehnsedikt § 66; ein Jahr und 30 Tage: Preuß. Ldr. I. 18. § 121, Baden'sches Ed. § 10; nach meckl. Recht wörtlich ein Jahr und ein Tag, Roth § 39 N. 3.

[18]) Homeyer II. S. 480 f.

[19]) II. F. 55, II. F. 26. § 12, 13.

[20]) Kraut Vormundschaft III. S. 53 ff. — Das Kursächs. Mandat verpflichtet den Vormund, für den Unmündigen Indult zu suchen; im Fall seiner Säumniß wird aber der Mündel in integrum restituirt. — Preuß. Landr.

Wer die Lehnserneuerung ohne ausreichende Entschuldigung (sua incuria vel negligentia, II. F. 55. § 2)[21]) unterläßt, verliert zur Strafe das Lehen. Neuere Partikularrechte bestimmen, mit scheinbarem Anhalt an das langobardische Recht, daß die Unterlassung nur im Falle von dolus, bei wirklichem Vorsatz, nicht bei Versehen, den Lehnsverlust zur Folge habe[22]).

Auch schon vor der Allodifikation ist in einzelnen Ländern die Lehnserneuerung beim Herrenfall aufgehoben[23]).

5. Nach Partikularrechten ist an den Herrn bei der Lehnserneuerung oder Beleihung eine Abgabe (Lehnware, laudemium, im Mittelalter auch herwede genannt)[24]) zu zahlen, regelmäßig jedoch nur wenn das Lehen an Seitenverwandte des letzten Besitzers oder an einen Käufer gelangt[25]).

I. 18. § 112: Minderjährige erhalten durch den Vormund ihre Belehnung, § 114, 115. — Nach Braunschw. R. (Steinacker § 251 N. 12) gelobt der Vormund vorläufig die Erfüllung der Lehnspflicht mittelst Handschlages. — Baierisches Edikt § 139, Baden'sches Edikt § 21. — Nach Mecklenb. Recht (Roth § 40 N. 6) schwört sogar der Vormund für den Unmündigen den Treueid.

[21]) Ueber die Entschuldigungsgründe II. F. 24 pr., besonders II. F. 52. § 3: si vasallus non dolose per annum et diem steterit .... Dolus enim abesse videtur, si justa causa impediente steterit; der dolus bildet den Gegensatz der justa causa und begreift auch die incuria und negligentia in sich; Weber IV. S. 210 ff., Eichhorn § 216 N. q, r. — Ebe so bestimmen auch zahlreiche deutsche Quellen, Homeyer S. 473, 506, P[illegible]tner histor. Entwickelung II. S. 223 ff.; Mon. Germ. LL. II. p. 400. [illegible]. 1274: per negligentiam vel contumaciam. — Vgl. auch Franklin Reichshofgericht I. S. 154 f., 175.

[22]) Struben Bedenken II. no. 91, Hagemann Erörter. VII. no. 114, Pfeiffer prakt. Ausführungen V. no. 2. S. 51 ff. — Kraut § 231. no. 21, 23. — Baier. Ed. § 69, 70, 183. — Baden'sches Ed. § 13, 34. — Zachariä § 125, 222, Grefe II. S. 122. — Nach Preuß. Ldr. I. 18. § 146, 147, 151, 153, 157 wird die Verzögerung mit Geldbuße bedroht und liegt eine wahre Felonie nur vor, wenn sich der Vasall betrüglich der Lehnspflicht zu entziehen sucht.

[23]) Nach Sächs. G. v. 22. Febr. 1834. § 1 für die Güter, an denen der König die Oberlehnsherrlichkeit hat.

[24]) Weber IV. S. 230 ff. — Kraut § 232. no. 30 ff. — Roth S. 55 ff., 113 f., Reyscher § 374. N. 6, Grefe II. § 43, Steinacker § 252. — Seuffert XVII. no. 268.

[25]) Vgl. oben § 120 N. 21. — Es sind dieselben Fälle, in welchen ein

III. Dingliche Rechte. Ist der Lehnsherr Eigenthümer des Guts, so behält er trotz der Verleihung das Eigenthum; in der Literatur bildete sich die Auffassung aus, daß er das dominium directum und der Vasall das dominium utile habe (oben § 80). Ist der Lehnsherr selbst Vasall eines obern Herrn, so hat er ein dingliches Recht am Lehngut, welches durch die Verleihung des Lehns an den Vasallen beschränkt, aber nicht aufgegeben wird[26]).

Durch die Verleihung sind die wesentlichsten Rechte des Eigenthums zur Ausübung auf den Vasallen übergegangen und der Lehnsherr hat nur die Aussicht auf den Rückfall der vasallitischen Rechte an ihn[27]). Das Herrschaftsrecht des Herrn über das Gut äußert sich während des Lehnbesitzes des Vasallen darin, daß er Dispositionen desselben zum Nachtheil des Lehns (Deteriorationen) verhindern kann[28]), daß Veräußerungen und Belastungen des Lehns von seiner Genehmigung abhängig sind, daß er über das Lehn soweit disponiren darf, als dadurch die Rechte des Vasallen nicht gekränkt werden: er kann seine Lehnsherrlichkeit veräußern (N. 1 ff.), Expektanzen und Eventualbelehnungen ertheilen. Dritten Personen gegenüber hat der Herr das Recht der Vindikation[29]).

Laudemium auch an den Gutsherrn gezahlt wird. Die Abgabe erklärt sich daraus, daß nach ursprünglichem Recht nur die Descendenten des letzten Besitzers berechtigt waren; sie scheint im Recht der Ministerialen ihr Fundament zu haben und von hier aus auf die Lehngüter übertragen zu sein. Vgl. die Stellen bei Kraut § 232. no. 30 ff. und Grimm Rechtsalterth. S. 373 f., 569, auch v. Martitz ehel. Güterr. S. 114. — Beyer Urk. B. I. no. 571. a. 1152: eine feudi oblatio; cujuscunque vero sexus eis heres successerit, etsi non propinquior, qui de eorum cognatione fuerit, idem castrum .... absque jure quod vulgariter dicitur heregewede . . recipiet. — An das Hofrecht erinnern die Bestimmungen z. B. auch in der Urk. v. J. 1196 in Erhard's C. D. no. 551. — Irrig nimmt Riedel Mark Brandenburg II. S. 121 an, daß die außerordentliche Abgabe der Lehnbede auf eine einmalige Leistung, das herwede, fixirt sei.

[26]) Darüber, daß nach den Quellen des Mittelalters der Lehnsherr im Verhältniß zu seinem Vasallen nicht die Gewere hat, vgl. oben § 72. S. 15 ff. auch § 71. 8. b.

[27]) Die mittelalterlichen Quellen bezeichnen daher das Recht des Herrn als anevelle, Homeyer S. 486 und oben § 71 N. 10.

[28]) v. Gerber § 123 N. 3.

[29]) Seuffert VIII. no. 278 (Cassel), XV. no. 150 (Celle).

§ 123. Das Recht des Vasallen.

Das Recht des Vasallen enthält gleichfalls persönliche und dingliche Elemente.

I. Persönliche Rechte. Der Vasall hat dem Herrn gegenüber das Recht auf Schutz und Unterlassung jeder schädlichen Handlung (Lehnsprotektion). Hatte dies persönliche Recht schon im Mittelalter eine verschwindend geringe Bedeutung gegenüber dem realen Recht am Lehn, so ist der lehnsherrliche Schutz im neueren Recht ohne alle Bedeutung, da er durch den staatlichen Schutz überflüssig geworden ist. Es bleibt nur der Satz übrig, daß feindselige Handlungen des Lehnsherrn gegen den Vasallen, welche, wenn sie der Vasall gegen den Lehnsherrn beginge, mit dem Verlust des Lehns bestraft würden, für den Lehnsherrn mit dem Verlust der Lehnsherrlichkeit bedroht sind[1]). Wo nur der Landesherr die Lehnsherrlichkeit haben darf, kann von einer Felonie des Lehnsherrn keine Rede mehr sein.

II. Dingliche Rechte. 1. Der Vasall hat an dem Lehen das ausgedehnteste dingliche Nutzungs- und Herrschaftsrecht. Während dasselbe im ältern deutschen Recht als gewere[1a]), im langobardischen Recht als possessio oder ususfructus bezeichnet wird[2]), hat die spätere Doktrin es als dominium utile, Nutzungs- oder Untereigenthum bezeichnet[3]). Das Nutzungs- und Dispositionsrecht des Vasallen findet eine Schranke an dem Recht des Herrn und darf nicht zum Nachtheil derer ausgeübt werden, welche nach ihm einen Anspruch auf den Erwerb des Lehns haben. In den letzten Jahrhunderten ist es weit über seinen ursprünglichen Inhalt hinaus gegangen und schließlich in vielen Ländern durch Aufhebung der Lehnsherrlichkeit aus einem weitgehenden dinglichen Recht an einer fremden Sache zum Eigenthum erhoben worden, welches nur im Interesse der Lehnsfolger gewissen gesetzlichen Beschränkungen unterliegt.

2. Der Vasall hat das Recht, die natürlichen und civilen

---

[1]) II. F. 26. § 24, Pr. Ldr. I. 18. § 164.

[1a]) Ueber die Lehnsgewere zuletzt Planck Ger. Verf. I. S. 589 ff.

[2]) II. F. 8. § 4.

[3]) § 80. S. 58 ff. — Z. B. sprechen das Pr. Ldr. I. 18. § 13, Baier. Ed. § 85 dem Vasallen das Nutzungseigenthum zu.

Früchte des Guts zu erwerben; er wird Eigenthümer der natürlichen Früchte bereits durch deren Separation. Ob er auch Eigenthümer des im Gute gefundenen Schatzes werde, ist bestritten und in den Partikularrechten verschieden entschieden[4]). Er übt die mit dem Besitz des Guts verbundenen Gerechtigkeiten aus, z. B. Reallastberechtigungen, Patronat, die Patrimonialgerichtsbarkeit u. s. w.

Statt die Früchte selbst zu ziehen, kann er das Gut verpachten[5]). Stirbt der Vasall vor dem Ablauf des Pachtkontrakts, so sind die Descendenten und diejenigen Lehnsfolger, welche sein Allod erben, an denselben gebunden, während die sonstigen Lehnsfolger und der Lehnsherr, wenn an sie das Lehen fällt, ihn auflösen können[6]). Die Verleihung zu Erbpacht war nach gemeinem Recht und ist auch noch nach mehreren Partikularrechten untersagt[7]).

3. Der Vasall darf nach deutschem und nach langobardischem Recht ohne Genehmigung des Herrn das Lehn durch Afterleihe einem Andern in der Weise verleihen, daß er selbst unterer Herr und sein Vasall unterer Vasall wird (subinfeudatio per dationem)[8]). Ein solcher unterer Vasall ist, wenngleich er nur zu seinem Herrn in einem unmittelbaren Dienstverhältniß steht, auch dem obern Herrn zur Treue verpflichtet; fällt der untere Herr ganz fort, so muß sich der untere Vasall zum obern Herrn in ein unmittelbares Lehnsverhältniß begeben, wie andererseits der obere Herr ihn als

---

[4]) Oben § 80 N. 18 und unten § 149 N. 31.

[5]) Homeyer S. 432 f., II. F. 9. § 3.

[6]) Roth § 67 N. 8 ff.

[7]) Es ist dies der im langob. Lehnrecht oft erwähnte contractus libellarius. Nach I. F. 5. § 2, 4. I. F. 13. pr., § 2 ist es zulässig, weniger als die Hälfte des Lehns in Erbpacht zu geben; doch nimmt das Recht des Erbpächters bei der Rückkehr des Lehns an den Herrn sein Ende; I. F. 13. § 1 führt die Ansicht der Mailänder an, daß auch das ganze Lehen in Erbpacht gegeben werden kann; II. F. 9. § 3 untersagt völlig den contr. libellarius. — Vgl. auch unten § 124 N. 6. — Während früher andere Bestimmungen bestanden, verbietet die Erbpacht das Pommer'sche Recht (v. Wilmowski S. 97 f.), ebenso das Meckl. R. (Roth S. 178). Carpzov (Emminghaus S. 177. no. 3) behauptet als allgemeine Observanz, daß wüstes Land vererbpachtet werden dürfe — Das Pr. Ldr. I. 18. § 192 gestattet die Erbpacht, und nach einer Hannoverschen Entscheidung von 1835 (Grefe II. S. 130 f.) berechtigt die erfolgte Verleihung zu Erbzinsrecht den Herrn nicht zur Privation.

[8]) Homeyer S. 287 f., 431 ff., 517 ff.

vasallus primus annehmen muß[9]). Nach Partikularrecht fällt bei Erledigung des Lehns von dem Obervasallen an den Oberlehnsherrn das Recht des Aftervasallen fort[10]); oder es soll, wo dies nicht der Fall ist, weil hier die Afterleihe den Heimfall des Guts an den oberen Lehnsherrn aufhalten würde, jede Afterleihe von dem Consens des Herrn abhängig sein und, falls sie ohne seinen Consens ertheilt ist, mit Verlust des Lehns oder sonst als ein Lehnsfehler bestraft werden[11]).

Unbedingt unzulässig ist die Afterleihe in der Weise, daß der Vasall das Lehen einem Andern überträgt und von ihm als Lehnsherrn zurückempfängt, so daß zwischen ihn und seinen Lehnsherrn eine dem ursprünglichen Verhältniß fremde Person eingeschoben wird (subinfeudatio per oblationem).

4. Der Vasall kann die Bewirthschaftung des Guts nach freiem Ermessen führen[12]), die bisherige ändern, neue Gebäude aufführen, Veränderungen mit der Substanz vornehmen, neue Rechte, besonders Servituten, für das Gut erwerben u. s. w.[13]). Andererseits ist er verpflichtet, die auf dem Gut ruhenden Lasten abzuführen und Reparaturen aus eignen Mitteln zu tragen. Unwirthschaftliche Dispositionen oder schlechte Verwaltung des Guts berechtigen den Herrn zur Einziehung[14]).

---

9) II. F. 9. § 2, II. F. 34. § 3.

10) Vgl. schon **Franklin** sententiae curiae regis S. 9. no. 12, 13 mit Bezug auf die Regalien der geistlichen Herrn. Von neueren Partikularrechten Pr. Ldr. I. 18. § 219, 220, 223—226, **Steinacker** S. 567.

11) Braunschweiger VO. v. 1745, Altenb. Lehns-Ed. 1795. III. § 16. — Nach dem Gothaischen Edikt § 212 ist die Afterleihe nur mit Consens des Landesherrn, des Lehnsherrn und der sämmtlichen Mitbelehnten zulässig. — Da wo nur der Landesherr Lehnsherr sein kann, ist eine Afterleihe fernerhin nicht möglich; vgl. Baier. Ed. § 23—33, 88, wo auch Bestimmungen über die Aufhebung der bestehenden Afterleihen getroffen sind. — Ohne Consens des Lehnsherrn ist die Afterleihe gestattet im Pr. Ldr. I. 18. § 210, 211; dagegen gewährt seine Zustimmung dem Aftervasallen Vortheile.

12) Besondere Beschränkungen bestehen mit Bezug auf das Recht der Holzfällung nach Meckl. R. (**Roth** § 44. S. 118 f.); die ähnlichen Beschränkungen für Pommern sind nur zum Theil durch das Preuß. Kulturedikt vom 14. Sept. 1811 beseitigt, indem die Anwärter noch ein Recht des Widerspruchs behalten, v. **Wilmowski** S. 29.

13) II. F. 8. § 3, II. F. 28. § 2.

14) II. F. 8. § 3, II. F. 27. § 16.

Belastungen des Guts durch Personalservituten (Leibgeding, usus fructus) oder durch Prädialservituten, gleichviel ob sie vom Vasallen vertragsmäßig bestellt oder von dem Dritten durch Verjährung erworben sind, müssen die Erben des Vasallen anerkennen, fallen aber fort, wenn das Gut an Agnaten, welche nicht zugleich seine Allodialerben sind, oder an den Lehnsherrn kommt[15]). Die Unvordenklichkeit schließt aber den Widerspruch des Lehnsherrn oder Lehnsfolgers aus[16]).

5. Der Vasall ist zur Anstellung von petitorischen[17]) und possessorischen Klagen über das Lehn und die mit dem Lehn verbundenen Rechte legitimirt und in solchen Prozessen auch der rechte Beklagte[18]). Die in ihnen ergangenen Erkenntnisse und die zur Beseitigung der Streitigkeiten abgeschlossenen Vergleiche[19]) sind nach gemeinem Lehnrecht, dummodo fraudulenter actum non sit, für die Lehnsfolger und den Lehnsherrn verbindlich[20]); nach neueren Partikularrechten ist der Lehnsherr an den Ausgang des Prozesses nur dann gebunden, wenn er zu ihm zugezogen war[21]).

III. Abgesehen von den persönlichen Verpflichtungen des Vasallen zum Lehnsdienst, zur Lehnstreue, zur Lehnserneuerung, welche persönlichen Rechten des Lehnsherrn korrespondiren (§ 122. II), ist der Vasall theils nach langobardischem Recht, theils nach Partikularrechten zu besondern Leistungen an dritte Personen im Fall des Bedürfnisses verpflichtet. In ihrer regelmäßigen Gestalt sind die-

---

[15]) II. F. 8. § 2, Roth § 67 N. 12 ff., Seuffert I. no. 322. — Mit Bezug auf die durch Verjährung entstandenen Dienstbarkeiten Erk. d. RchsGer. II. no. 62, VI. no. 76.

[16]) Seuffert I. S. 343 N. 1.

[17]) Die dingliche Klage wird eine quasi vindicatio utilis genannt, woher man auch geneigt war, dem Vasallen das dominium utile zuzuschreiben; oben § 80 N. 5.

[18]) II. F. 8. § 1: Rei autem per beneficium recte investitae vasallus hanc habet potestatem, ut tanquam dominus possit a quolibet possidente sibi quasi vindicare et si ab alio ejus rei nomine conveniatur, defensionem opponere, II. F. 43, II. F. 26. § 23, Baier. Ed. § 85.

[19]) Ueber Vergleiche Weber IV. S. 371 ff. — Eine Abtretung des Lehns durch Vergleich ist unzulässig, Baier. Ed. § 88.

[20]) II. F. 43.

[21]) Pr. Ldr. I. 18. § 258.

selben keine Reallasten, treffen nicht alle Erwerber des Lehns, sondern nur diejenigen, welche zu der Familie des früheren Lehnsbesitzers gehören, und nur unter der Voraussetzung, daß die Erträgnisse des Lehns reichlich sind und kein sonstiges Vermögen da ist, aus welchem die Leistung erfolgen könnte[22]).

Nach langobardischem Recht hat der Vasall bei reichlichen Einkünften des Lehns den Lehnsfolger, welcher wegen körperlicher oder geistiger Gebrechen das Lehen nicht erhalten kann und übergangen wird, im Fall seiner Bedürftigkeit zu alimentiren[23]).

Partikularrechte haben ähnliche Verpflichtungen für analoge Fälle geschaffen[24]):

a) der Lehnsfolger soll die bedürftige Wittwe des vorigen Lehnsbesitzers bei ausreichenden Erträgnissen des Lehns alimentiren[25]);

b) dessen bedürftige Tochter alimentiren, resp. bei ihrer Verheirathung ausstatten[26]);

---

[22]) Vgl. darüber darüber v. Gerber Abhandlungen I. S. 167 ff.

[23]) I. F. 6. § 3, Roth S. 254 N. 22, Gierke de debitis feudalibus, 1860. p. 22—26.

[24]) Man faßt diese Verpflichtungen des Vasallen unter dem gemeinsamen Namen onera feudi zusammen.

[25]) Struben Bed. V. 36, Weber IV. S. 583 ff., Beseler § 162 N. 19, Gierke S. 35 ff. — Roth S. 242 f., 245 ff., Gothaisches Lehnsmandat § 128 ff., Baden'sches Lehnsgesetz § 31, vgl. auch Baden'sches Gesetz v. 25. Nov. 1831. art. 2.

[26]) Nürnb. Ref. v. 1522. XIV. c. 1, v. 1564. tit. 34, c. 1, Abs. 3; Fränk. LandGer. O. III. 75. § 7. — Nach sächs. Recht sollen die Töchter allen andern Gläubigern vorgehen und dies Recht auch haben, selbst wenn das Gut schon in andere Hände übergegangen ist, Sächs. Proz. O. v. 1622. XLV. § 13, Schletter Constitutt. S. 125. no. 38, Zachariä § 196[a b], § 203. Nach der sächs. Praxis und auch nach andern Partikularrechten sollte diese Verpflichtung wie eine wirkliche Reallast selbst auf den Lehnsherrn übergehen, wenn an ihn das Lehn fällt, Emminghaus S. 358. no. 6—8, Grefe II. S. 133 N. d, Gierke p. 29; für das Preuß. R. seit dem 16. Jahrh. v. Brünneck z. G. des ehel. Güterrechts im Rechte des Adels v. Ostpreußen u. Litth. S. 15 (Sep. Abdr. aus d. altpreuß. Mon. Schr.). Sie durfte auch im Konkurs geltend gemacht werden, Emminghaus S. 359. no. 8 (mit Recht erklärt sich Steinacker bei Emminghaus S. 360. no. 12 gegen diese Praxis). — Vgl. im übrigen Struben Bed. I. no. 57. § 2, 3, Pufendorf I. no. 68, Weber IV. S. 585 ff., Beseler § 162 N. 18, Gierke p. 26 ff., Citate bei Seuffert XI. no. 72 N. 1. — Pinder I. § 425, 426 und II. S. 99, 100, Roth S. 222 ff., 254 N. 20,

c) bei unzureichendem Nachlaß des verstorbenen Lehnsbesitzers die Kosten seiner letzten Krankheit und seiner Beerdigung tragen[27]).

§ 124. Die Lehnsveräußerung.

I. Das Lehnsverhältniß darf von dem Vasallen nicht einseitig durch Veräußerung des Guts aufgehoben werden. Bei einer Veräußerung ohne Genehmigung des Herrn entsteht kein Lehnsverhältniß zwischen dem Erwerber und dem Lehnherrn und verliert der veräußernde Vasall sein Recht[1]).

Mit Genehmigung des Lehnsherrn übertrug der Vasall nach älterm deutschem Gebrauch sein Recht auf einen Andern entweder in der Weise, daß er in Gegenwart des Herrn das Gut dem neuen Erwerber aufläßt, worauf dieser dann vom Lehnsherrn beliehen wird, oder so, daß er es dem Herrn aufläßt und dieser es gemäß der vorhergehenden Verabredung dem Dritten verleiht[2]).

Nach dem Recht der Rechtsbücher bedurfte es nicht der Genehmigung der Erben des Vasallen[3]), wohl weil der Sohn ursprünglich kein Erbrecht am Lehen hatte, ihm also auch durch die Veräußerung kein Recht gekränkt wurde. Später wurde ihre Genehmigung gefordert und nur zu Folge derselben die Veräußerung unanfechtbar[4]).

II. In der Lombardei war ursprünglich der Vasall nicht in gleichem Maße beschränkt. Er durfte weniger als die Hälfte des Guts verpfänden[5]) oder auch veräußern[6]); doch war das Recht auf

---

Heimbach § 261 N. 4, Steinacker S. 583 f. — Gothaisches Lehnsmand. § 131 ff., Badensches Lehnges. § 31.

[27]) Weber IV. S. 591 f., Zachariä § 207 N. 4, Roth S. 255 N. 23, Gierke S. 46; nach Gothaischem Lehnsmandat § 137 nur im Fall des Konkurses.

[1]) Umgehungen des Verbots wurden unter Anwendung sehr künstlicher Formen versucht, Homeyer S. 430 f., Ficker Heerschild S. 11 ff.

[2]) Homeyer S. 425 ff.

[3]) Homeyer S. 437 ff.

[4]) Homeyer S. 439 f.; vgl. aber auch Schilling S. 345 ff.

[5]) I. F. 5. § 2, 4; zweifellos ist dabei an die alte Satzung gedacht, bei welcher der Pfandgläubiger wie bei einer Erbpacht die Früchte zieht.

[6]) Im Falle der Noth, II. F. 9. § 1, 2; auch ohne diese Voraussetzung

Seiten des Pfandgläubigers oder Erwerbers zeitlich beschränkt; es fiel fort, sobald das Gut an den Herrn zurückkehrte. Unbedingt war es schon in älterer Zeit dem Vasallen verboten das Lehn donare, judicare pro anima, in dotem pro filia dare[7]). Strenger waren die Gesetze Lothar's II. v. J. 1136 und Friedrich's II. v. J. 1154[8]); sie verbieten feudum totum vel partem aliquam vendere aut pignorare (zu Pfand geben) vel quocunque modo distrahere seu alienare vel pro anima judicare sine permissione domini und der Lehnsherr darf nullius temporis praescriptione impediente die Veräußerung, welche von Anfang an nichtig sei, widerrufen[9]). Es sind hienach untersagt Verpfändungen und Veräußerungen, durch welche der Erwerber das dingliche Nutzungsrecht an dem Lehen erhalten oder ganz an die Stelle des Vasallen treten soll[10]). Dagegen waren Veräußerungen an einen Lehnsfolger gestattet und konnten von Niemand angefochten werden[11]).

Im allgemeinen ist dies auch der Standpunkt der neueren Lehnsgesetze, nur daß Veräußerungen kleinerer Gutsparzellen auch ohne Genehmigung der Lehnsinteressenten gestattet sind, falls das durch die Veräußerung gewonnene Kapital wieder zu Gunsten des

---

I. F. 13. pr. und § 2. In einzelnen Lehnshöfen durfte das ganze Lehn veräußert werden, II. F. 44. pr.; dagegen findet sich das Verbot der Veräußerung des ganzen Lehns I. F. 21. § 21. Wahrscheinlich ist bei allen diesen Bestimmungen an den contractus libellarius, an die Erbpacht gedacht; besonders I. F. 13. pr.: quod dictum est alienare, intelligas de libello, I. F. 13. § 2, II. F. 39. pr. — Vgl. die Bestimmungen über den contr. libellarius oben § 123 N. 7.

[7]) II. F. 9. § 3.

[8]) II. F. 52. I. u. II. F. 55. pr.

[9]) Nach II. F. 9. § 3 unterlag das Anfechtungsrecht des Herrn der einjährigen, resp. 30 jährigen Verjährung. Uebrigens hatte schon früher König Conrad im J. 1037 bestimmt, daß der Lehnsherr jede Veräußerung nulla obstante praescriptione widerrufen dürfe, II. F. 40. § 1.

[10]) Insbesondere ist es auch verboten, das Lehen der Tochter in die Ehe mitzugeben II. F. 9. § 3.

[11]) Die Veräußerung an einen Lehnsfolger, welcher nicht der nächste ist, kann nicht vom Lehnsherrn, wohl aber von den dadurch ausgeschlossenen Agnaten angefochten werden, I. F. 13. § 3, II. F. 26. § 14, II. F. 39. pr. — Das fuldaische Lehnrecht (Thomas I. S. 43) fordert auch zur Veräußerung in favorem proximioris alicujus agnati die lehnsherrliche Genehmigung.

Lehns angelegt oder zur Befriedigung der hypothekarischen Gläubiger verwendet wird, insbesondere wenn die Behörde bescheinigt, daß die Veräußerung ohne Nachtheil für die Interessenten sei[12]).

III. Jede gegen das Verbot mit Bewußtsein[13]) vorgenommene Veräußerung wird nach langobardischem und neuerem Lehnrecht mit dem Verlust des Lehns bestraft[14]) und berechtigt den Lehnsherrn, aber auch die Agnaten, Mitbelehnten und Eventualbelehnten (vgl. IV) das Gut aus der Hand des dritten Erwerbers herauszuverlangen. Der Lehnsherr darf das Gut jeder Zeit mit unverjährbarer Klage revociren, selbst wenn der Vasall es später wieder zurückerwarb[15]). Jedoch nahm die Praxis an, daß seine Klage durch die unvordenkliche[16]), selbst durch 30 jährige Verjährung ausgeschlossen werde[17]). Ja es bildete sich auch eine partikuläre Praxis aus, daß der Erwerber durch Acquisitivverjährung ein unangreifbares Recht erlange und sowohl gegen die Revokation des Lehnsherrn, als aller Lehnsfolger geschützt sei[18]).

Hat der Lehnsherr das Lehn revocirt, so behält er es nur so lange, als der Veräußerer selbst und seine lehnsfähige Descendenz lebt, da diese die Handlung des Veräußerers (facta defuncti) zu vertreten hat[19]). Nach dem Tode des Veräußerers und seiner Des-

---

[12]) Vgl. z. B. Preuß. Gemeinheitstheilungsordn. v. 1821. § 153, Preuß. Ges. v. 3. März 1850. § 1, 3, 4, Sächs. Ges. v. 22. Mai 1872. § 26.

[13]) Hat der Vasall das Gut in bona fide, im Glauben, es sei Allod, veräußert, so kann er selbst gegen Erstattung des empfangenen Aequivalents das Lehn von dem Erwerber zurückfordern, II. F. 26. § 20, II. F. 42, Baier. Edikt § 116—118.

[14]) z. B. Preuß. Landr. I. 18. § 187 ff.

[15]) II. F. 44. pr.

[16]) Unterholzner Verjährung I. S. 249 f.

[17]) z. B. Gaill observ. II. 160, Mynsinger responsa XLVIII. § 8 ff.

[18]) So nach dem Preuß. Landr. I. 18. § 665—668 „gegen alle und jede Lehnsberechtigte“, wenn die Lehnsqualität nicht im Hypothekenbuch eingetragen war; Baden'sches Ges. § 35. — Struben Bedenken II. no. 106, Hagemann Erörter. VII. no. 125 (durch 10- oder 20 jährige Verjährung); weitere Literatur bei Beseler § 160 N. 15. Vgl. auch unten N. 26.

[19]) II. F. 26. § 18: Si vasallus culpam committat, propter quam feudum amittere debeat, neque filius neque ejus descendentes ad id feudum vocabuntur, sed agnati, qui quarto gradu sunt, dummodo ad eos pertineat; II. F. 31.

cendenz können aber diejenigen Agnaten, welche vom ersten Erwerber abstammen, resp. Gesammthänder und Eventualbelehnte, falls sie nicht noch durch Agnaten ausgeschlossen sind, ihr Folgerecht geltend machen und das Lehn vom Herrn muthen.

IV. Aber auch wenn der Lehnsherr das veräußerte Lehn nicht zurückfordert oder in die Veräußerung einwilligt, dürfen die Agnaten zu der Zeit, zu welcher sie erben würden, falls keine Veräußerung erfolgt wäre[20]), das Lehn mit der actio feudi revocatoria für sich fordern[20a]), da das Erbrecht, welches sie als Descendenten des ersten Erwerbers haben, ihnen weder durch die Handlung des Veräußerers noch durch die Genehmigung des Lehnsherrn beeinträchtigt werden kann[21]). Nach gemeinem Recht hat der mit der Revokationsklage in Anspruch genommene Besitzer gegen den Kläger keinen Anspruch auf Ersatz des gezahlten Kaufpreises[22]).

[20]) Die Const. Sax. II. 48 giebt den mitbelehnten Agnaten schon bei Lebzeiten des Veräußerers die Revokation, wenn die Veräußerung ohne Genehmigung des Lehnsherrn erfolgt war; hatte derselbe zugestimmt, so gilt das obige Prinzip, Zachariä § 161, 162[a].

[20a]) Der Auffassung dieser Klage bei Dernburg I. § 371 („Es liegt hierin eine Art von Eigenthumsklage, da der Anwärter mit dem Anfalle Eigenthümer wird") kann ich nicht zustimmen. Der Anwärter hat nicht Eigenthum, sondern ein Recht auf Eigenthumserwerb.

[21]) I. F. 8. § 1, II. F. 39. pr., ganz besonders c. extr. II. c. 83; Preuß. Ldr. I. 18. § 288, 295; v. Wilmowski S. 86 ff. — Gothaisches Lehnsmandat § 226: „Wenn mehreren Mitbelehnten von verschiedenem Grade ein Revokationsrecht zusteht, so kann, im Falle der nächste solches nicht exerciren will, der entferntere keineswegs an seine Stelle treten, sondern er muß damit so lange warten, bis an ihn selbst oder seine Descendenten die Successions-Ordnung gelangt." — Nach Preuß. Ldr. I. 18. § 290, 291 haben die Agnaten und Mitbelehnten diese Befugniß nur, wenn ihr Recht im Hypothekenbuch bereits zu der Zeit vorgemerkt war, zu welcher der Erwerber im Hypothekenbuch eingetragen wurde; vgl. auch N. 28.

[22]) In eigenthümlicher Weise hat sich das Recht in Pommern gestaltet, v. Wilmowski S. 77 ff.: hier darf der Vasall mit verbindlicher Kraft für alle Lehnsfolger das Lehn veräußern, wenn er seine Schulden nicht aus dem Allodialvermögen bezahlen kann und die Nothwendigkeit des Verkaufs unter Zuziehung der Agnaten festgestellt ist. Hatte er aber ohne einen solchen Grund und ohne Zuziehung der Agnaten das Lehn veräußert, so können die nicht konsentirenden Agnaten binnen 30 Jahren nach dem Anfall an sie gegen Erstattung des Werths revociren. Durch diese Verpflichtung für den Kläger, den Werth zu erstatten, verwandelt sich nicht etwa die Revokation in den Retrakt; es ist

Die Descendenten des Veräußerers hatten nach langobardischem Lehnrecht kein Revokationsrecht, selbst wenn sie nicht Erben des Veräußerers geworden waren[23]). Indessen haben Partikularrechte und die Praxis ihnen vielfach, wohl im Anschluß an das Beispruchsrecht der nächsten Erben nach dem Tode des Veräußerers das Revokationsrecht eingeräumt, unter der Verpflichtung, den Kaufpreis zu ersetzen[24]).

Während die Revokationsklage des Lehnsherrn unverjährbar ist, läuft die Verjährung für die Klage der Agnaten von dem Augenblick an, in welchem sie ihr Successionsrecht geltend machen dürfen[25]);

---

daher mit Aufhebung des Retrakts in Preußen noch nicht dies Revokationsrecht gefallen (v. Wilmowski S. 82 f.). Doch tritt noch die weitere Modifikation ein, daß, wenn der Veräußerer keine lehnsfähige Descendenz gehabt hatte, die Agnaten nicht das Kaufgeld zu erstatten, sondern diejenigen Schulden zu übernehmen haben, welche zur Zeit der Veräußerung auf dem Gut als Lehnsschulden hafteten oder bei Unzulänglichkeit des Allods aus dem Lehn zu tilgen gewesen sein würden.

[23]) Pufendorf obs. II. 4. § 8, Spangenberg in Hagemann's Erörter. VIII. 2. no. 11. S. 117 ff., Wachsmuth in d. Mag. f. Hannov. R. VI. S. 3—31, 157—184, Beseler § 160 N. 19 u. die dort angeführten. — Dies Recht schreiben aber Viele den Descendenten unter der Voraussetzung zu, daß sie den Kaufpreis erstatten, Bülow und Hagemann II. no. 8, Weber IV. S. 455 ff. und die dort N. 9 angeführten.

[24]) Const. Sax. ined. 2 (bei Schletter S. 112 vgl. auch S. 178; nach sächs. Praxis außerhalb des Kurfürstenthums, auch wenn sie nicht Erben geworden sind, Carpzov bei Emminghaus S. 725 N. 6). — Baier. Lehnsedikt § 122. — Hannov. Ges. v. 1836. § 28 (Kraut § 239. no. 20; die Praxis war früher äußerst schwankend, Steinacker S. 578 N. 1, Grefe II. S. 128 f.). — Preuß. Ldr. I. 18. § 266—270; Söhne, welche nicht Erben geworden sind, haben die reine Revokation § 273. — Einige Rechte, welche den Descendenten die Revokation geben, schließen sie bei Neulehen aus, d. h. solchen, mit welchen erst ihr Vater belehnt war; Const. Sax. ined. 4, Roth S. 178, S. 183 N. 38, Weber IV. S. 469 (anders Emminghaus S. 727. no. 18).

Dagegen kein Revokationsrecht der Descendenz des Veräußerers nach der Hinterpommer'schen Lehnskonstitution v. 8. Dez. 1694. tit. 26. § 2 (v. Wilmowski S. 30 f.), dem neuern Sächsischen Recht Zachariä § 154 N. 1, dem neuern Mecklenb. Recht Roth § 69 N. 4 (über das frühere Recht § 65 N. 30, 31), Gothaischen Lehnsmandat § 80, Braunschw. Recht Steinacker S. 578 N. 1; vgl. auch Sächs. Ges. v. 1872. § 19 (G. S. S. 268).

[25]) z. B. Preuß. Ldr. I. 18. § 301, 302, Weber IV. S. 470 ff., und zwar die 30 jährige Verjährung; dagegen 10 Jahre nach dem Gothaischen Mand. § 225.

doch haben sie nach einigen Rechten keine Klage mehr, wenn der Erwerber durch die Acquisitivverjährung geschützt ist[26]), so daß für sie die Revokation nur zulässig ist, wenn das Lehn innerhalb 30 Jahren nach der Veräußerung an sie verstammt.

Um eine Veräußerung gegen jeden künftigen Widerruf der Agnaten sicher zu stellen, wird partikularrechtlich vorher ein öffentliches Proklam erlassen, damit die Agnaten ihre Rechte wahrnehmen. Dieselben können dann aber nicht die Veräußerung verhindern, sondern nur ein Vorkaufsrecht geltend machen, und haben die Revokationsklage überhaupt nur, wenn die Veräußerung ohne Proklam erfolgte[27]). Wo die Grundbuchverfassung durchgeführt ist, hat der Richter vor Eintragung der Veräußerung die Genehmigung des Lehnsherrn und der eingetragenen Agnaten einzufordern[28]).

V. Die Veräußerung eines Lehnguts wird unwiderruflich, wenn sowohl der Lehnsherr, als auch die revokationsberechtigten Agnaten oder Mitbelehnten[29]) ihre Einwilligung ertheilt haben[30]). Und zwar wird der Consens sämmtlicher zur Zeit der Veräußerung lebenden Agnaten[31]) (nicht bloß derer, welche in jeder Linie obenan stehen) erfordert. Es ist dies ein positiver Satz des Lehnrechts. Daß eine derartig konsentirte Veräußerung unwiderruflich ist, läßt sich nicht einfach daraus erklären, daß die Universalsuccessoren die Hand-

---

[26]) Vgl. oben N. 18. — In Mecklenburg, wo es lange kontrovers gewesen war, ob die 30 Jahre für den einzelnen Lehnsfolger von der Zeit des Anfalls des Rechts an ihn oder von dem Moment der Veräußerung an zu laufen beginnen, wurde das letztere durch die Constitution v. 1768 bestimmt, Roth S. 168 ff., 184.

[27]) So nach Meckl. R. Roth S. 183 f.; ähnlich in Pommern v. Wilmowski S. 99 ff.

[28]) Pr. Ldr. I. 18. § 327, 328; nach § 330 kann der Richter auch ohne Beibringung des Consenses die Eintragung vornehmen, wenn der Erwerber darauf besteht; jedoch ist dann der Mangel des Consenses im Rekognitionsschein zu vermerken.

[29]) Wo das Recht der Mitbelehnten in dem Hypothekenbuch oder in besondern Registern einzutragen ist (§ 121 N. 14), kommt es nur auf die Einwilligung der wirklich eingetragenen an, Preuß. Ldr. I. 18. § 328, Gothaisches Ges. v. 22. Apr. 1854. § 16.

[30]) I. F. 5. § 5, II. F. 39. pr.

[31]) In wie weit kann von dem Vormund der Consens für einen unmündigen Lehnsfolger ertheilt werden? Zachariä § 155.

lungen ihrer Vorfahren anerkennen müssen; denn auch solche nachgeborne Descendenten eines verzichtenden Agnaten dürfen die Veräußerung nicht anfechten, welche dessen Allodialnachlaß ausgeschlagen haben[32]). — Doch bestimmen die Partikularrechte zum Theil anders[33]).

VI. Abgesehen von der actio feudi revocatoria haben bei einer Veräußerung des Vasallen der Lehnsherr[34]) und die Lehnsfolger auch den Retrakt, insofern die Voraussetzungen desselben vorhanden sind, nämlich entgeltliche Veräußerung, die Bereitwilligkeit des Retrahenten, die kontraktmäßigen Leistungen zu übernehmen, u. s. w.[35]). Nach langobardischem Recht haben den Lehnsretrakt nur die Agnaten, nach Partikularrechten auch die Descendenten des Veräußerers und derer, welche in die Veräußerung gewilligt haben[36]),

---

[32]) Vgl. besonders Weber IV. S. 465 ff., v. Gerber § 127 N. 4. — Nach Eichhorn § 228 N. m. bedarf es nicht der Genehmigung der Descendenten der zur Zeit der Veräußerung lebenden Agnaten, wenn letztere den Verzicht für sich und für ihre Descendenz aussprechen. Dabei bleibt unberücksichtigt, daß, wenn die zur Zeit der Veräußerung lebenden Descendenten der Agnaten gleichfalls revokationsberechtigt sind, ihr Recht ihnen nicht durch einen auch für sie ausgestellten Verzicht geschmälert werden kann, vgl. v. Gerber § 127 N. 4.

[33]) Der Verzicht des Agnaten wirkt nicht bloß für seine nachgebornen, sondern auch für die in patria potestate befindlichen Descendenten, Preuß. Ldr. I. 18. § 309, so daß hier nicht die Genehmigung sämmtlicher lebenden Agnaten, sondern nur der selbständigen erfordert wird. Aber auch die zur Zeit des Verzichts selbständigen und nicht genehmigenden Descendenten dürfen nicht revociren, wenn sie später Erben des verzichtenden Ascendenten werden, Pr. Ldr. I. 18. § 310. — Unbedingt werden die Descendenten durch den Verzicht ihres Ascendenten gebunden nach Meckl. und Braunschw. R., Roth § 69 N. 4, Steinacker S. 578 N. 1.

[34]) Ueber den Retrakt des Lehnsherrn Münchener Stadtrecht art. 153, Walch Näherrecht S. 400 f.

[35]) II. F. 26. § 14 (oben § 88 N. 13 und Schröder in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. V. S. 285 ff.); Walch S. 381 ff. Dieser Retrakt der Lehnsfolger ist eine Species des retr. gentilicius.

[36]) Nach langob. R. haben ihn nicht die Söhne des Veräußerers II. F. 26. § 14, vgl. auch Schröder Zeitschr. V. S. 286 N. 3, der aber zahlreiche abweichende Schriftsteller anführt. Für den Retrakt der Söhne des Veräußerers z. B. auch v. Gerber § 127 N. 11 und die Hannover'sche Praxis Grefe II. S. 131. — Die Const. Sax. ined. 2 (Schletter Kurf. Constitt. S. 112) giebt den Kindern ein Vorkaufsrecht, aber keinen Retrakt, Zachariä § 157, 163 N. 1. — Gegen ihren Retrakt Preuß. Landr. I. 18. § 304, Beseler § 160

ja auch diejenigen, welche selbst zur Veräußerung ihre Genehmigung ertheilt haben, indem man darin nur einen Verzicht auf die Revokation fand[37]).

Im Gegensatz gegen die Revokation muß der Berechtigte den Retrakt innerhalb Jahr und Tag nach der Veräußerung, resp. seiner Kenntniß von derselben geltend machen[38]); aber auch wenn er von derselben gar keine Kunde erhielt, erlischt sein Recht in spätestens 30 Jahren[39]).

Bei Konkurrenz des Lehnsherrn und des Agnaten geht der Retrakt des Letzteren vor[40]), weil der Lehnsherr erst beim Fortfall sämmtlicher Lehnsfolger das Lehn zurückzuerhalten berechtigt ist. Für die Agnaten kann der Retrakt von besonderm Werth sein, da sie von der Revokatorienklage möglicherweise im konkreten Fall noch lange Zeit hindurch ausgeschlossen sind. In den neuesten Gesetzen ist der Lehnsretrakt sehr beschränkt oder aufgehoben worden[41]).

N. 27, Bopp Zeitschr. f. d. R. V. S. 372 (Darmst. Praxis), Roth § 68 N. 14 (früher kontrovers in Mecklenb. Roth § 65 N. 50, 51).

[37]) Mit Bezug auf den Lehnsherrn München. Stdtr. art. 153, C. Max. Bav. IV. 5. § 14. no. 2, Preuß. Ldr. I. 18. § 209; mit Bezug auf Agnaten und Mitbelehnte § 307. — Nach Meckl. Praxis geht durch die Genehmigung das Retraktrecht verloren, Roth § 65 N. 48.

[38]) II. F. 26. § 14, II. F. 9. § 3, Hagemann Erört. V. no. 24, Unterholzner Verjährung II. S. 279 f., Roth § 65 N. 49. — Uebrigens wurden auch abweichende Grundsätze vertheidigt, z. B. Gaill obs. II. 19. § 13: Jahr und Tag bei Veräußerung an einen Agnaten, 30 Jahre bei Veräußerung an einen Fremden (dagegen Unterholzner II. S. 279 N. 714) und diese Ansicht fand auch Aufnahme in Const. Sax. II. 50. — Nach sächs. R. ist das Jahr ein gemeines Jahr, Haubold § 217 N. d.; vgl. auch Unterholzner II. S. 278 f.

[39]) II. F. 9. § 3.

[40]) II. F. 9. § 3, Trierer Unt. G. O. bei Maurenbrecher Prov. Rechte II. S. 178 N., C. Max. Bav. IV. 5. § 14. no. 7.

[41]) In Meckl. Retrakt des Lehnsherrn, wenn er sich ihn im Lehnsbrief ausdrücklich vorbehalten hat, Roth S. 115 N. 11; in Gotha Retrakt der Mitbelehnten, wenn sie ihn sich bei ihrer Einwilligung zur Veräußerung vorbehalten haben, Lehnsmandat § 219. — Kein Lehnsretrakt z. B. nach dem Baier. Ed. § 130, Würtemb. Gess. v. 1815 u. 1817, Reyscher II. § 427 N. 13, dem Preuß. G. v. 2. März 1850. § 2. no. 6, § 4, vgl. auch Plenarbeschl. d. O. Trib. v. 18. Sept. 1854. Unbegreiflicher Weise behauptet Koch zum Pr. Ldr. I. 18. § 304, daß der Retrakt der Agnaten noch weiter fort gelte, da sie und die Mitbelehnten zu den Miteigenthümern gehörten.

VII. In demselben Umfange, als Veräußerungen unter Lebenden ohne Zuziehung des Lehnsherrn oder der Lehnsfolger unzulässig sind, darf der Vasall auch keine letztwilligen Verfügungen über das Lehn treffen[42]). Der Lehnsherr kann sie anfechten, falls das Gut ein Nicht-Lehnsfolger erhalten soll[43]), der Agnat, insofern ihm eine fremde Person oder ein ferner stehender Berechtigter vorgezogen, der Descendent im allgemeinen nur, wenn ihm sein Pflichttheil entzogen wird. Partikularrechtlich geht das Recht der Descendenten noch weiter[44]).

VIII. Die vorstehenden Grundsätze können aber auch eine Modifikation, Abschwächung oder Aufhebung erfahren, wenn die betreffenden Lehen nach dem Investiturvertrage oder dem partikulären Lehnshofrecht oder dem Landespartikularrecht für veräußerlich erklärt sind. Schon das langobardische Lehnrecht kennt Verleihungen an den Vasallen et cui in feudum dederis, wonach der Vasall sein Lehn

---

[42]) Vgl. besonders Roth S. 208 ff. — I. F. 8 pr.: Si quis igitur decesserit filiis et filiabus superstitibus, succedunt tantum filii aequaliter ... nulla ordinatione defuncti in feudo manente vel valente. — Nach dem altbaier. Landrecht werden letztwillige Verfügungen zum Nachtheil der Erben verboten, Kraut § 239. no. 12.

[43]) Pr. Ldr. I. 18. § 200, 201.

[44]) Es ist vielfach aus I. F. 8. pr. (N. 42) geschlossen worden, daß der Vater keine testamentarischen Verfügungen zum Nachtheil der Descendenz treffen dürfe, und daß der Sohn, selbst wenn er Erbe des Vaters werde, dessen Verfügungen nicht anzuerkennen brauche; der Vater solle den Sohn nicht vom Lehen enterben dürfen, selbst nicht wegen Verbrechen, sondern es könne nur der Lehnsherr sich weigern, einem solchen Sohne das Lehen zu leihen, Struben Bed. III. 50, Weber IV. S. 523 ff., Beseler § 161. VI., v. Wilmowski S. 32 f., Seuffert XIX. no. 49 (Rostock). Dies würde aber der ganzen Stellung der Descendenten in der Lehnsfolge widersprechen, vgl. Eichhorn § 232 N. e, f, v. Gerber § 128 N. 10, Emminghaus S. 727 N. 15; der Vater dürfe den Sohn aus den gemeinrechtlichen Gründen enterben, Zachariä § 93 N. 5. — Nach Preuß. Ldr. I. 18. § 280, 282, 287 müssen die Descendenten die testam. Verfügungen über das Lehn anerkennen, wenn sie in das übrige Vermögen als Erben succediren; nach dem Gothaischen Mandat § 80, Zachariä § 93 N. 4, Roth S. 211 ff. sind test. Verfügungen soweit zulässig, als der Pflichttheil geschont wird. — Dagegen nach dem Baier. Lehnsedikt § 134 soll der Vasall keinen seiner Söhne bevorzugen dürfen; nach Hannov. Praxis (Grefe II. S. 129. B) soll er nicht über das Lehen unter seinen Kindern disponiren, außer wenn er sie im Allod enterbt; nach Meckl. R. (Roth S. 214 ff.) ist auch bei Dispositionen über das Recht der Descendenz lehnsherrliche Genehmigung erforderlich.

veräußern und der Erwerber die Belehnung vom Lehnsherrn fordern kann[45]). Ebenso waren in Deutschland bereits während des Mittelalters solche Investiturverträge nicht selten[46]).

In den letzten Jahrhunderten haben zahlreiche Partikularrechte die Lehen dem Herrn gegenüber, vorbehaltlich seiner Lehnsherrlichkeit, für frei veräußerlich erklärt. Die Rechte der Lehnsfolger sind dabei in verschiedenem Umfange beibehalten worden[47]).

---

[45]) II. F. 48. — Ja es ist nach langob. Lehnrecht auch die weiter gehende Improprietät möglich, daß er es als Allod und ohne Lehnsabhängigkeit solle veräußern dürfen, II. F. 26. § 25, II. F. 48; doch auch in diesem Fall jure tamen feudi censebitur, ut ex his causis ipsum amittat, quibus et verum feudum.

[46]) Mon. Zollerana II. no. 165. a. 1277: der Lehnsherr hat ein Vorkaufsrecht; will er es nicht ausüben, alteri persone, cuicumque voluerimus, memorata bona vendendi teneamus liberam facultatem. — Gercken C. D. I. no. 24. a. 1311: der Vasall darf das Lehen laten oder vorkopen, der Lehnsherr hat aber ein Vorkaufsrecht. — Höfer deutsche Urkk. II. no. 87. a. 1323: der Lehnsherr verspricht das Lehen zu leihen, wenn es der Vasall verkopen oder laten würde. — Gelegentlich werden auch Veräußerungen auf den Todesfall gestattet, so z. B. zu Gunsten bestimmter kirchlicher Institute, Urk. B. des Landes ob der Enns III. no. 66, 118, 188, 342 aus den Jahren 1239—1264. — Mon. Zoller. III. no. 5. v. J. 1333: wenn der Vasall keine Erben hat, darf er das Lehn einer lehnsfähigen Person geschaffen und gemachen und der Lehnsherr will es nach seinem Tode demjenigen leihen, welcher ihm eine Urkunde darüber beibringen wird; vgl. auch Bamberger Urk. v. 1358 (Oestr. Not. Bl. v. 1854. S. 338. no. 86) und Kraut § 242. no. 5—8.

Wenn der Vasall stirbt, ohne von seinem Veräußerungsrecht Gebrauch gemacht zu haben, geht dies Recht nicht auf seine Allodialerben in Folge der Universalsuccession über, Pufendorf I. no. 7.

[47]) Eichhorn Rechtsg. IV. S. 440 ff. — Ueber Meckl. Roth S. 162 ff.; hatten früher nur in Nothfällen die Lehngüter veräußert werden dürfen, so verpflichtet sich im Erbvergleich von 1755 (§ 472) der Landesherr, den Lehnskonsens jedes Mal zu ertheilen. Die Lehensfolger haben bei alten Lehen das Vorkaufs- und Retraktrecht, und falls das Lehnsfolgerecht für sie in 30 Jahren wirksam wird, die Revokation (oben N. 26); bei Neulehen, welche sich noch in der Hand des ersten Besitzers befinden, haben sie kein Einspruchsrecht, Roth S. 178 ff. — In Pommern dürfen die Lehen seit 1581 im Fall der Noth vom Vasallen veräußert werden; der Lehnsherr entscheidet, ob ein solcher Fall vorliegt; des agnatischen Consenses bedarf es nicht, v. Wilmowski S. 38 f. — Das Sächs. Lehnsmandat VI. § 3 verspricht den Consens des Lehnsherrn, wenn der Rückfall des Lehns an ihn vermuthlich nicht bald bevorsteht, das Altenb. Lehnsedikt v. 1795

§ 125. Die Verpfändung des Lehns.

Die Verpfändung des Lehns durch Satzung, indem der Gläubiger in den Besitz des Guts und den Genuß der Früchte gesetzt wird, war ohne Genehmigung des Lehnsherrn ein verbotenes Geschäft sowohl nach langobardischem[1]), als nach älterm deutschen Recht[2]). Ebenso wurden aber auch Hypotheken nur mit Genehmigung des Herrn wirksam. Wenn auch nicht schon die Bestellung der Hypothek an sich das Lehn verwirken ließ, so trat diese Strafe doch ein, wenn das Lehn zu Folge der Hypothecirung veräußert wurde. Zulässig war aber die Verpfändung der Lehnsfrüchte.

Für das neuere Recht sind die verschiedenen Arten des Pfandrechts zu unterscheiden.

I. Die Verpfändung der Lehnsfrüchte und die Uebertragung des Besitzes des Guts zum Zweck der Perception der Früchte ist zulässig[3]). Ein derartiger Verpfändungsvertrag wirkt, so lange der verpfändende Vasall und seine Erben leben und wird hinfällig, wenn das Gut an den Lehnsherrn oder einen nicht descendentischen Lehnsfolger kommt.

II. Die antichretische Verpfändung, bei welcher auch das Gut selbst für die Schuld haftet, ist nur mit Genehmigung des Lehns-

---

III. § 5 in allen Fällen, „wo noch 4 Personen oder 8 Augen" in dem Lehn stehen. — Vgl. auch Goth. Mand. § 157 ff.

[1]) II. F. 55. pr., I. F. 5. § 2.

[2]) Homeyer S. 433 f., Ficker Heerschild S. 13 ff., Schilling S. 142 ff. — Urkunden, in welchen der Lehnsherr die Verpfändung gestattet, bei Homeyer S. 434. — Urk. v. J. 1232 (Urk. B. d. Landes ob d. Enns III. no. 6): im Fall der Noth darf der Vasall das Lehn verpfänden tali persone de consilio nostro, ... per quam ecclesia nostra . . . non sentiat aliquam lesionem. — Das Erforderniß der lehnsherrlichen Genehmigung wird nicht erwähnt im Nürnberger Privileg v. 1219. § 4: quicumque alicui civi Nurembergensi . . . feuda obligaverit aut impignoraverit, quocumque bona illa obligata devolventur, sive ad dominos seu ad heredes, civis ille . . . in quieta permaneat possessione, quousque a successore redimantur; vgl. auch Ulmer Stadtrecht v. 1296. § 34 (Gengler S. 504).

[3]) Struben Bedenken V. no. 120. S. 149, Eichhorn § 227 N. d; z. B. Preuß. Ldr. I. 18. § 228.

herrn zulässig[4]) und kann von den nicht einwilligenden Agnaten widerrufen werden, sobald an sie das Lehn fällt[5]).

III. Die vertragsmäßige Bestellung einer Hypothek an Lehngütern bedarf der Genehmigung des Lehnsherrn und es ist auch noch nach neueren Rechten der Vasall, welcher ohne diese Genehmigung das Lehn mit Hypotheken belastet, mit dem Verlust desselben bedroht[6]). Nach vielen Rechten wird der Consens nur für eine bestimmte Zeit ertheilt und bedarf es nach deren Ablauf der Erneuerung[7]). Durch die lehnsherrliche Einwilligung erklärt der Herr nicht, daß das Gut eventuell als Allod veräußert werden dürfe, sondern nur, daß er bereit sei, falls es in der Subhastation eine lehnsfähige Person ersteht, dieselbe zu beleihen[8]), und wenn ihm das Gut heimfällt, die Schuld zu bezahlen[9]). Nach manchen neueren Partikularrechten wird der Consens des Lehnsherrn nicht mehr ge-

---

[4]) Ein solcher Consens wird nach Struben Bedenken V. no. 120. S. 249 vermuthet, wenn die Antichrese 30 Jahre besteht (vgl. auch § 124 N. 17). Auch versprachen in einzelnen Ländern die Lehnsherrn, den Consens ertheilen zu wollen, jedoch nur für eine gewisse Reihe von Jahren, nach deren Ablauf er von neuem einzuholen sei (Roth S. 199, 200 N. 13). — Im Goth. Mand. § 138—140 wird jede Antichrese verboten.

[5]) Nach Pommer'schem Lehnrecht haben sie das Reluitionsrecht, d. h. das Recht, das Gut gegen Erlegung des sog. Taxwerths aus der Hand des Gläubigers zu lösen, v. Wilmowski S. 62 ff., 103 ff.

[6]) Baier. Ed. § 111, Regelsberger Bayer. Hyp. R. I. S. 238.

[7]) Nach dem Baier. Ed. § 99 wird er nicht über 15 Jahre ertheilt; eine Bestimmung von 1828 verlängert die Frist, Roth baier. Civ. R. II. § 214. N. 11; über Würtemberg Reyscher § 388 N. 2, über Bamberg Regelsberger I. S. 5 f.; früher nach Sächs. R. Haubold § 210. Zus. 2. — Aufgehoben sind diese Beschränkungen durch das Goth. Mand. § 117 und durch das Altenb. Ed. II. § 16. Vgl. überhaupt Mayr § 126 N. 12. — Mit Unrecht behauptet Hommel rh. 571, daß die zeitliche Beschränkung wirkungslos sei und die Hypothek mit Ablauf der Zeit nicht erlösche, wenn die Schuld noch nicht bezahlt sei.

Auch dürfen nach manchen Rechten die Güter nur bis zu einer bestimmten Höhe ihres Werths mit Hypotheken belastet werden, Sächs. Mand. VI. § 1. (Siegmann sächs. Hyp. Recht S. 178), Baier. Ed. § 100, Altenb. Ed. II. § 4, 6.

[8]) Pr. Ldr. I. 18. § 337, vgl. auch § 338.

[9]) Altenb. Ed. II. § 19: er muß dann die Schuld „aus dem Lehn allein, ohne Zuziehung des Allodii" bezahlen. Natürlich! Da er nicht persönlicher Schuldner ist, haftet er auch nur mit dem Lehn.

fordert oder hat sich der Lehnsherr bereit erklärt, allgemein den Consens zu ertheilen[10]).

Zur vollen Wirksamkeit der Hypothek bedarf es auch der Genehmigung der Lehnsfolger[11]). War der Consens nicht von allen Lehnsfolgern erklärt und kommt es zur Subhastation, so wirkt sie nur temporär und können diejenigen, welche nicht einwilligten, das Lehn revociren, sobald es ihnen nach der Lehnsfolgeordnung anfällt[12]); ja sie brauchen sich auch die Vollstreckung der Exekution in die Einkünfte nicht gefallen zu lassen[13]). Wo die Grundbuchverfassung besteht, ist der Richter ex officio verpflichtet, die Beibrin-

[10]) Ueber Meckl. Lehnshypotheken Roth S. 202 ff., 256 ff.; hier das Versprechen, den Consens zu ertheilen, in den Landes-Reversalen v. 1572 (Krant § 242. no. 9); schon im 17. Jahrh. wird der Consens nicht mehr gefordert. Der Consens gilt als ein für alle Mal dadurch ertheilt, daß die Lehnsbehörde die Hypothekenbuchbehörde ermächtigt, dem Vasallen das Hypothekenbuch zu Eintragungen zu eröffnen und nur, wenn der Heimfall nahe ist (das Lehen auf zwei Augen steht), die Schließung des Foliums bewirkt, so daß jetzt eine Hypothek nur mit lehnsherrlicher Genehmigung ertheilt werden darf, v. Meibom Meckl. Hyp. R. S. 117 f. — In Braunschw. 1770 Versprechen, den Consens nicht ohne Grund zu verweigern, Steinacker S. 570 N. 4. — In Sachsen wird nach dem Mandat VI. § 1, 3 der Consens nicht verweigert, wenn der Heimfall des Lehns nicht bald bevorsteht und die Mitbelehnten ihre Einwilligung ertheilt haben oder der Creditor erklärt, dieselbe nicht fordern zu wollen. — Ueber Hannover v. Bar Hann. Hyp. R. S. 67 f. — Höchst partikulär wird der lehnsherrliche Consens auch zur Cession einer Hypothek gefordert, Zachariä § 148 N. 3, Altenb. Lehnseb. II. § 17.

[11]) Die Söhne müssen die Verpfändung des Vaters, resp. dessen Einwilligung in dieselbe anerkennen, Pufendorf obs. III. no. 146; vgl. auch oben § 124 N. 23, 24, 29—33; die dort angeführten Grundsätze finden hier ihre analoge Anwendung. — Nach Meckl. R. (v. Meibom S. 117) ist die Zustimmung der Agnaten nicht erforderlich. — Nach sächs. Recht konnte sich übrigens der Lehnsherr ausdrücklich das Recht vorbehalten, den von den Mitbelehnten ohne rechtmäßige Ursache verweigerten Consens zu ergänzen, Zachariä § 144 N. 3; in solchen Fällen kann jetzt der Richter die Einwilligung ergänzen, Sächs. Ges. v. 22. Mai 1872. § 24.

[12]) Goth. Mand. § 146. Abs. 1. — Fällt das Gut mehreren zu, von denen nur einige konsentirt haben, so haben sie die Schuld nur pro rata zu bezahlen, daselbst § 102. no. 6. — Nach dem neuen Goth. Ges. v. 22. April 1854. § 25 haben die nicht konsentirenden Lehnsfolger und ihre Nachkommen die Revokation, wenn sie ihren Anspruch bis zum Subhastationstermin anmeldeten.

[13]) Goth. Mand. § 146. Abs. 2.

gung des Consenses des Lehnsherrn und der Lehnsfolger einzufordern[14]).

Haben die Lehnsfolger in eine Hypothek gewilligt, fehlt es aber an der Genehmigung des Lehnsherrn, so erlangt der Gläubiger kein dingliches Recht, sondern kann nur von denen, welche einwilligten, wenn sie in den Genuß kommen, die Bezahlung aus den Früchten fordern[15]).

Da es der speziellen Genehmigung der Lehnsinteressenten bedarf, ergriffen auch schon nach älterm Recht Generalhypotheken nicht das Lehn[16]) und gab es an ihnen keine gesetzlichen Hypotheken[17]). Im übrigen kommen die gewöhnlichen Grundsätze des Hypothekenrechts zur Anwendung; insbesondere hat nach neuerem Recht der in Anspruch genommene Lehnsschuldner nicht das beneficium ordinis, um den Gläubiger an das Allodialvermögen oder an den allodialen Erben zu verweisen[18]).

§ 126. Die Lehnsschulden.

Für die Lehnsschulden fehlt es an einem gesetzlichen gemeinrechtlichen Halt, woher sich das Recht derselben in der Praxis und in den Partikularrechten verschieden und schwankend entwickelt hat[1]).

---

[14]) Genauer oben § 124. N. 28.

[15]) Pufendorf III. no. 145, Zachariä § 151, vgl. auch Haubold § 213 N. r ff. — Goth. Mand. § 102. no. 5.

[16]) II. F. 26. § 19, II. F. 51 pr., Roth S. 204 N. 11; vgl. aber auch Haubold § 205 N. a, Heimbach § 209.

[17]) Const. Sax. II. 25, Sächs. Proz. O. v. 1622. XLV. § 8. — Roth S. 204 N. 10.

[18]) Roth S. 207 f., 256 ff.; im früheren Recht kontrovers, Hommel rh. no. 775, Roth S. 205 ff.

[1]) Ueber das ältere deutsche Recht Homeyer S. 467 ff.; auch Dortm. Statt. IV. 34 (Frensdorff S. 117); eine Reihe von Bestimmungen in dem Waldemar-Erich'schen Lehnrecht. — Ueber die ältere Literatur Weber IV. S. 580, Eichhorn § 234 N. a, zur Gesch. der ital. Literatur v. Meibom in Bekker's Jahrb. IV. S. 472 ff., v. Gerber Abhandlungen I. S. 160 f. — Unter den neueren Schriften sind hervorzuheben Weiske Abhandlungen 1830. S. 139 bis 169; v. Gerber zur Lehre von den Lehns- und Fam. F. C. Schulden, in d. Ztschr. f. Civ. R. u. Proz. N. F. XI. 1854. S. 183 ff. und dann in s. Abhh. I. S. 158—187 (Gerber versucht im Gegensatz gegen die ältere verwirrte und haltlose Theorie gesunde Prinzipien de lege ferenda aufzustellen, geht aber nicht

1. Die Schulden eines Lehnbesitzers haften an sich auf seinem Allodialvermögen, nicht auf der Substanz des Lehns[2]); es hat daher die Schulden des Vorbesitzers der Vasall nur zu bezahlen, wenn er und soweit er das Allodialvermögen desselben erbte[2a]). Da das Lehn, wo noch keine Allodifikation erfolgt ist, nicht dem Vasallen, sondern dem Lehnsherrn gehört, und auch, wo es allodificirt ist, gemäß den Grundsätzen der successio ex pacto et providentia majorum die Lehnsfolger das Gut in derjenigen faktischen und rechtlichen Qualität beanspruchen dürfen, wie es der primus acquirens besaß, darf es ein Vasall durch seine Handlungen nicht belasten. Seine Gläubiger dürfen nicht aus der Substanz des Lehns, sondern lediglich aus seinen Früchten ihre Befriedigung suchen[3]). Der Lehnserwerber ist von der Verhaftung für die Schulden des Vorbesitzers frei, außer wenn er Universalsuccessor des Schuldners ist. So haften denn die Descendenten des Schuldners ohne weiteres auch als Lehnsbesitzer nach dem Prinzip, daß sie für die facta defuncti einstehen[4]); sie müssen die Schulden des Vaters in subsidium auch mit den Lehnsfrüchten bezahlen, selbst wenn sie den Nachlaß cum beneficio inventarii antraten[4a]). Die Agnaten dagegen haften nur dann, wenn sie zugleich Universalsuccessoren des Schuldners wurden[4b]).

---

im Detail auf die durch Gewohnheitsrecht oder partikuläre Gesetzgebung beobachteten Grundsätze ein. Seine Ansichten sind später vielfach bekämpft worden); Roth Meckl. Lehnr. S. 162 ff., 188 ff., 247 ff.; v. Wilmowski S. 37—76 (er schließt sich in den dogmatischen Auffassungen an Gerber an); O. Gierke de debitis feudalibus diss. inaug. Berol. 1860. — Unter den Partikularrechten ist besonders ausführlich das Goth. Mandat § 95—155.

[2]) Stellen aus den Rechtsbüchern bei v. Meibom a. a. O. S. 468 f.

[2a]) II. F. 45.

[3]) z. B. Braunschw. Stadtr. v. 1532 (Pufendorf IV. p. 94 oben): de lyves lehnserven schullen uth den jerlicken renthen und tinssen orer eltern schult betalen. — Die Praxis hat vielfach zu Gunsten der Lehnsbesitzer das beneficium competentiae angenommen; Struben Bed. I. no. 5. § 3, Bülow u. Hagemann VI. no. 5, Gierke p. 85. — Preuß. Ldr. I. 18. § 350—357, Reyscher § 390 N. 4, Grefe S. 132 N. b—e; dagegen nicht nach sächs. Recht, Pinder II. S. 131 f.

[4]) z. B. Zachariä § 191[b], Steinacker § 257 N. 3.

[4a]) Zachariä § 93 N. 3, Mayr § 81 N. 6, Eichhorn § 361 N. h; a. A. Reyscher III. 730.

[4b]) Sie haften auch nicht mit den Früchten, wenn sie cum beneficio an-

Indessen kommen doch auch schon früh abweichende Auffassungen vor, nach denen die Gläubiger bei Ermangelung von Allod auch das Lehn für die Schulden des Vasallen in Anspruch nehmen durften[5]), und es ist in einigen Partikularrechten mit der zunehmenden Veräußerlichkeit der Lehen der Satz zur Anerkennung gelangt, daß auch das Lehen für die Schulden des Vasallen verhaftet und dem gewöhnlichen Exekutionsverfahren unterworfen ist und daß der Lehnsfolger für die Schulden des Vorbesitzers, soweit sie aus dem Allod nicht gedeckt werden können, mit dem Lehnsvermögen einzustehen hat[6]). Hier kann es zur Subhastation des Lehnguts kommen, durch welche auf den Ersteher das sog. dominium utile übergeht[7]).

2. Abgesehen von dieser partikulären Zulässigkeit der Exekution in das Lehnsvermögen, ist es weiter anerkannt, daß diejenigen Schulden, welche zum Besten des Lehnguts gemacht sind, als zur Sphäre des Lehnsvermögens gehörig erscheinen und mit dem Lehen selbst sofort auf den Lehnsfolger übergehen (debita feudalia principalia), ohne dem Erben des Allodialvermögens zur Last zu fallen[8]).

---

traten, Mayer § 81 N. 19; — außer soweit sie nach den Grundsätzen über den Fruchterwerb mit dem Lehen auch Früchte desselben ererbt haben, II. F. 45.

[5]) Bereits derartige fränk. Bestimmungen bei v. Meibom d. deutsche Pfandrecht S. 57 f. — Ulm-Ravensburger Recht v. 1296. § 34 (Gengler Stadtrechte S. 504): Si quis civium habet bona feodalia in confinio nostre civitatis et non vult suis debitoribus in solucione satisfacere, actor, dum modo debitum obtinebit, in illum habet jus possidendi idem feodum pari forma et jure, sicut ille, cujus est feodum; si autem dominus, a quo est feodum, actorem infeodare noluerit, actor habet jus idem feodum titulo pignoris possidendi.

[6]) So nach Meckl. Recht Roth S. 188 ff., 193 ff., nach Pommer'schem Recht v. Wilmowski S. 37 ff., 42 f. Indessen haben die Agnaten nach letzterem das sog. beneficium taxae, auch Reluitionsrecht im w. S. (v. Wilmowski S. 40 f., 50 ff., 52 ff., 57 ff.), d. h. die Befugniß, wenn das Lehen wegen Schulden des jetzigen oder des verstorbenen Besitzers veräußert werden soll, gegen Erlegung des durch die Lehnstaxe festzustellenden Werths das Gut frei von allen Schulden als Lehnsbesitzer zu erwerben; über die Taxe hinaus brauchen sie nichts zu gewähren. Um dies Recht ausüben zu können, sind die Agnaten vor der Veräußerung des Guts wegen der Schulden aufzufordern, ob sie von ihrem beneficium taxae Gebrauch machen wollen.

[7]) Pr. Ldr. I. 18. § 337; eine Abweichung ist zulässig im Fall des § 338.

[8]) Vgl. besonders v. Gerber Abhandlungen S. 170 ff.

Es erscheint als eine Forderung der Billigkeit, daß Schulden, welche lediglich im Interesse des Lehnsvermögens gemacht sind und in ihrem Effekt auch nur den Lehnsbesitzern zu Gute kommen, gar nicht auf die Allodialerben übergehen. So wie wenn ein Lehnsbesitzer das gewöhnliche Maß übersteigende Prästationen aus seinem Vermögen zu Gunsten des Lehns gemacht hat, der Allodialerbe Ersatz dafür von dem Erben des Lehns fordern kann (vgl. § 127. 2), so steht letzterer auch nicht für Schulden zum Vortheil des Lehns ein; vielmehr gehen dieselben auf den Lehnsfolger über, auch wenn er nicht als Universalsuccessor in das übrige Vermögen des Vasallen succedirt[9]). Und im Falle eines Konkurses des Lehnsbesitzers können die Allodialgläubiger aus den Früchten des Lehns erst Befriedigung erwarten, nachdem die Lehnsgläubiger sie aus denselben gefunden haben[10]). Zugleich wird in der Literatur meistens behauptet, daß diese Schulden lediglich auf dem Lehnsobjekt selbst haften und daß, wer ein mit einer solchen Schuld belastetes Lehn erbt, nur mit den Früchten, resp. der Substanz des Lehns, und nicht darüber hinaus mit seinem sonstigen allodialen Vermögen einzustehen hat[11]); die Partikularrechte gewähren aber dem Gläubiger die Befriedigung in subsidium auch aus dem Allod des Besitzers[12]). Nach der Reichs-

---

[9]) In ähnlicher Weise wie bei den Reallasten wird der Uebergang der Schulden bestimmt durch den Erwerb einer bestimmten Vermögensmasse (vgl. auch Hommel rh. no. 783. § 1). Darum sind sie aber noch nicht Realschulden im Sinne v. Meibom's (Bekker's Jahrb. IV. S. 465 ff., 483); denn es ist von diesem nicht erwiesen, daß sie ohne Hypothekbestellung nicht bloß auf den Lehnsfolger, resp. den Lehnsherrn, sondern auf jeden künftigen Erwerber des Lehns übergehen; vgl. gegen ihn besonders v. Gerber S. 257—259. — Aus demselben Grunde darf man auch nicht mit Eichhorn § 237 sagen, daß die Gläubiger eine actio in rem scripta haben.

[10]) Eichhorn § 237. — Gothaisches Mand. § 143, 144: selbst der in die Früchte des Lehns eingewiesene Allodialgläubiger muß zurückstehen, wenn später eine Lehnsschuld eingeklagt wird.

[11]) Diese Ansicht vertheidigen z. B. Eichhorn § 237 N. a, v. Gerber S. 172, 178, Gierke p. 81 f.; vgl. auch Buchka und Budde V. S. 196 f. (1862). — Dagegen v. Wilmowski S. 47, daß sich die Gläubiger auch an das Allod halten dürfen.

[12]) z. B. Baier. Ed. § 153: die Substanz des Lehns haftet „dergestalt, daß das Allode des Lehnsmannes nur subsidiarisch angegriffen werden kann"; ebenso Gothaisches Mand. § 99: solche Lehnsschulden werden „zur Erfüllung (in subsidium) aus dem Allodial-Vermögen des Besitzers bezahlt." Vgl. auch N. 26.

Konkurs-Ordnung § 45 sollen die Lehnsgläubiger „abgesondert aus dem Lehn nach den Vorschriften der Landesgesetze" befriedigt werden; insoweit nach Partikularrecht eine subsidiäre Verhaftung des Allods besteht, ist dieselbe durch das Reichsgesetz nicht als beseitigt anzusehen.

Voraussetzung für die beschränkte Wirksamkeit einer solchen Schuld ist es aber, daß der Gläubiger es wußte, daß ihre Begründung dem Lehn und den Lehnsfolgern zu Gute kommen solle[13]); ohne dies Wissen würde ihm an sich sein Schuldner und dessen Universalsuccessor verhaftet sein.

Als solche Lehnsschulden erscheinen:

a) Schulden, welche der erste Erwerber machte, um das Lehn für sich und seine Familie zu erwerben[14]). Sie gehen nur auf diejenigen Lehnsbesitzer über, welche das Lehn in Folge des Erwerbsaktes des ersten Besitzers erhalten[15]), nicht auf dritte Erwerber oder auf den Lehnsherrn[16]), wenn an ihn das Lehn fällt[17]); sie sind debita feudalia respectiva, im Gegensatz gegen die absoluta, welche jeden Erwerber treffen. Dasselbe gilt für den Fall, daß der Lehnsbesitzer Schulden machte, um den Bestand des Lehns durch Ankauf von weitern Gütern zu vermehren.

b) Schulden, welche zur Erhaltung des Lehnsvermögens in seinem ursprünglichen Bestande gemacht wurden, die sog. debita

---

[13]) v. Gerber S. 170, 176 hat dies mit Recht hervorgehoben. Doch geht er m. E. zu weit, wenn er fordert, daß dem Gläubiger die beschränkte Wirksamkeit der Schuld angezeigt werde und er sich damit einverstanden erklärt habe. Eine spezielle Verabredung ist nicht nothwendig; falls der Gläubiger nur überhaupt Kenntniß von dem ökonomischen Zweck der Schuld hat, tritt nach dem objektiven Recht unmittelbar diese Wirkung ein.

[14]) Roth S. 252. 3), v. Gerber S. 170 ff. — Const. Sax. II. 46: „zu Erkauffung etlicher Lehngüter." — Hommel rhaps. 545 und Grefe II. S. 133 sind der Meinung, daß wenn der erste Erwerber das Kaufgeld schuldig blieb, der Gläubiger gegen die Allodialerben klagen und diese die Erstattung von den Lehnserben fordern dürfen; doch ist dies wohl nur anzunehmen, wenn sie keine Kenntniß von dem Zweck der Lehnsbegründung hatten.

[15]) Auch im Falle, daß das Lehen allodificirt wird.

[16]) Vgl. auch den Schöffenspr. bei Wasserschleben I. S. 263—265.

[17]) Mit Recht erklären sich Reyscher § 390 N. 1 und v. Gerber S. 172 f. dagegen, die Klage als actio in rem scripta gegen den dritten Erwerber zu geben.

feudalia ex versione in rem[18]); so zur Wiederherstellung des Guts nach längerer Vernachlässigung, nach elementaren Verwüstungen[19]), zur Abtragung älterer Lehnsschulden, zur Ablösung von Servituten und Lasten, zur Aufführung neuer Gebäude[20]), Durchführung umfangreicher Meliorationen[21]), Erwerb von Servituten und Realrechten, zur Einlösung antichretisch verpfändeter Lehen[22]), Führung von Prozessen, um das Lehen der Familie zu erhalten[23]) u. s. w.[24]).

Während an sich eine solche Schuld nur auf die Lehnsfolger, nicht auf dritte Personen, also auch nicht auf den Lehnsherrn, übergehen würde, außer soweit das Lehen durch die betreffenden Verwendungen über seinen ursprünglichen Werth verbessert wäre und daher beim Anfall an den Lehnsherrn ein Anspruch auf Ersatz der

---

[18]) „Schulden in nützliche Besserung des Lehn-Gutes gewendet", Const. Sax. II. 46. — „Zum beständigen und erweislichen Nutzen des Lehens", Baier. Ed. § 150; auch solche, „welche auf die in Rücksicht des Lehns erlegten feindlichen Kontributionen oder auf Herstellung nützlicher Gebäude verwendet wurden" § 151, Roth baier. Civ. R. § 214. — Gothaisches Mand. § 134.

[19]) Roth Meckl. Lehnr. S. 253. no. 8.

[20]) Vgl. § 151 des baier. Ed. in N. 18.

[21]) Schulden zu gewöhnlichen Wirthschaftsbedürfnissen, wie sie im Betriebe regelmäßig vorkommen, sind allodiale Schulden. Einzelnes Detail bei Struben Bedenken I. 99.

[22]) Roth Meckl. Lehnr. S. 252. no. 4.

[23]) Baier. Lehnsed. § 151; dagegen Roth S. 254 N. 18.

[24]) v. Gerber S. 173 ff. nennt die Creirung dieser Schulden eine Nachstiftung und weist S. 179 ff. nach, daß die Grundsätze von der in rem versio und der Ersatzpflicht für impensae nicht hinreichen.

Er will den oben angeführten Fällen auch diejenigen gleichstellen, in welchen der Lehnsbesitzer den Aufwand aus seinem Allodialvermögen machte, und behauptet, daß er in seiner Eigenschaft als Allodialbesitzer sein eigner Gläubiger werde. Indessen ist es nicht geboten, die Differenzirung der beiden Vermögensmassen, welche im Falle des Todes des Lehnsbesitzers eintritt, schon bei seinen Lebzeiten anzunehmen. Während seines Lebens besteht keine Schuld, sondern es haben erst bei seinem Tode die Allodialerben eine Ersatzforderung gegen die Lehnsfolger, Gierke p. 51 ff.

Uebrigens nimmt das Baden'sche Ed. § 32 nicht einmal eine solche Ersatzforderung an: „daß wegen einer Lehnsschuld, die einmal, wenngleich aus Allodialvermögen, von dem Lehenmann bezahlt worden ist, die Erben in keinem Fall einen Rückgriff an das Lehn und die Lehnsfolger zur Erstattung machen können."

impensae bestünde[25]), lassen doch Partikularrechte diese Schulden ohne weiteres auf den Lehnsherrn übergehen, an welchen das Gut zurückfällt[26]).

c) Ist auf das Gut mit Genehmigung des Lehnsherrn und der Agnaten eine Hypothek gelegt, so geht, da der Pfandschuldner nach modernem Recht keine exceptio excussionis hat (vgl. § 125. N. 18), die Schuld auf jeden Erwerber des Lehns über[27]).

d) Partikulär werden als Lehnsschulden behandelt diejenigen Schulden, welche der Erblasser machte, um seine Mitlehnserben mit ihren Ansprüchen auf Lehnstheile abzufinden[28]), oder die Schulden „wegen Aussteurung derer Töchter oder Schwestern oder zu Ablegung derer Leibgedinge“[29]).

3. Dadurch, daß bei Begründung einer Schuld von dem Vasallen alle lebenden Agnaten und Lehnsfolger zugezogen werden und daß sie ihren Consens ertheilen, wird der Charakter der Lehnsschuld auf das allerbestimmteste erreicht, und es sind alle spätern Lehnsfolger zu ihrer Anerkennung und Abtragung verpflichtet[30]). Eine solche Schuld wird in der Literatur als debitum feudale consensuatum bezeichnet.

Nach Partikularrechten wird aber öfter gefordert, daß auch da, wo die Schuld dem Zwecke nach schon an sich eine Lehnsschuld sein würde, der Consens der Lehnsfolger eingeholt wird; hier erlangt sie diesen Charakter erst in Folge der Zustimmung der Familie, resp.

---

[25]) v. Gerber S. 178.

[26]) Gothaisches Ges. § 134. — Gierke p. 14 behauptet, daß alle Gesetze, alle Gerichtshöfe und Gelehrten die Schulden auf den Lehnsherrn übergehen lassen, p. 50.

Zachariä § 202 N. 2 behauptet in offenbarem Widerspruch mit Const. Sax. II. 46, daß die Gläubiger die Allodialerben belangen dürfen, und auch das Baden'sche Gesetz § 32 behandelt diese Schuld als subsidiäre Lehnsschuld, indem die Gläubiger sich an das Lehn soweit halten können, als sie ihre Zahlung nicht „aus dem Landerbe des Verwenders“ erhalten. Vgl. auch N. 12.

[27]) Roth S. 256.

[28]) Roth S. 252. 2).

[29]) Const. Sax. II. 46.

[30]) v. Gerber S. 179 f. — Nach dem Gothaischen Edikt § 135 soll nach Begründung einer wahren Lehnsschuld eine Untersuchung darüber stattfinden, ob sich alles in Ordnung verhält, und dann der Consens ertheilt werden.

des Lehnsherrn[31]). Ohne ihre Zuziehung würde sie, selbst wenn sie eine Besserung des Lehns bewirkt, nur den Schuldner selbst und seine Descendenz treffen, welche letztere lediglich Ersatz für die impensae von den Lehnsfolgern fordern könnte.

Dies Erforderniß des Consenses ist dadurch aber wieder herabgedrückt, daß Lehnsherr und Lehnsfolger für gewisse Schulden zum Vortheil oder zur Verbesserung des Lehns ihre Genehmigung nicht versagen dürfen[32]).

Bei der Zuziehung der Lehnsinteressenten können zugleich die genaueren Normen für die betreffende Schuld festgestellt werden, z. B. daß der Consens nur auf bestimmte Zeit ertheilt sein, daß die Lehnsschuld sich in eine Allodialschuld verwandeln soll, wenn nicht innerhalb dieser Zeit die Schuld eingeklagt oder bezahlt ist[33]) u. s. w.

Es ist aber auch möglich, daß eine Schuld, welche an sich keine Lehnsschuld ist und nur auf dem Allod und den Lehnsfrüchten haftet, durch die Einwilligung der Lehnsfolger zu einer solchen gemacht wird[34]).

4. Je nachdem für eine Lehnsschuld alle oder nur einzelne Lehnfolger verhaftet sind, unterscheidet man debita feudalia absoluta und respectiva[35]); letztere sind insbesondere dann vorhanden, wenn bei Schulden, welche des Consenses bedürfen, nicht alle, sondern nur einzelne Folger denselben ertheilt haben[36]).

---

[31]) Pr. Ldr. I. 18. § 247—249, § 311 ff.: eine Schuld zur Vermehrung und Verbesserung der Lehnssubstanz wird durch Einwilligung des Lehnsherrn und der Lehnsfolger eine Lehnsschuld.

[32]) z. B. Pr. Ldr. I. 18. § 237—242, 318. — Ueberhaupt ist Inhalt und Bedeutung des Consenses im konkreten Fall sorgfältig zu untersuchen, Struben Bed. I. no. 146, Pufendorf obss. III. 154, v. Gerber S. 182 ff., Gierke S. 66 ff.

[33]) Baier. Ed. § 156—158 vgl. mit § 99 und darüber C. F. Arnold Prakt. Erörter. I. no. 4. S. 118 ff.; vgl. auch Gierke S. 69 f.

[34]) Const. Sax. II. 46 erster Abs., Preuß. Landr. I. 18. § 243—247, Baier. Ed. § 159. — Pufendorf obss. III. 142. — Dies giebt auch v. Gerber S. 184 zu, erklärt sich aber im allgemeinen gegen die Aufstellung der besondern Kategorie von debita feudalia consensuata S. 182 ff.; vgl. gegen ihn Gierke S. 65 ff.

[35]) Den Unterschied will v. Gerber S. 185 ff. ganz verwerfen; vgl. dagegen Gierke S. 18 f.; er gehört den Partikularrechten an, z. B. Preuß. Ldr. I. 18. § 335.

[36]) Als deb. f. respectivum bezeichnet man besonders die Schuld, welche

5. Zu den Lehnsschulden gehört auch der **Lehnsstamm**, constitutum feudale[37]); man versteht darunter ein Kapital, welches unkündbar gewöhnlich auf ein Lehngut gelegt[38]) oder sonst sicher gestellt ist und dessen Zinsen an diejenige Person einer bestimmten Familie zu zahlen sind, welche durch die Grundsätze von der Lehnssuccession bestimmt wird. Die Veranlassungen zur Begründung eines Lehnsstamms sind sehr mannigfaltig, so wenn das Gut ganz oder theilweise allodificirt wird und das Kapital für die Lehnsfamilie jetzt die Stelle des Lehns vertritt, wenn die Lehnsfolger in die Veräußerung des Lehns willigen und sie in die Zinsen des Kapitals jetzt succediren sollen, wenn von mehreren gleichberechtigten Lehnsfolgern einer das Lehn allein erhält und die andern mit Kapital abgefunden werden, welches im Lehen stehen bleibt und ihnen verzinst wird[39]). Wenn auch in den Lehnsstamm nach den Regeln der Lehnserbfolge succedirt wird, unterscheidet er sich doch von dem Lehen dadurch, daß ein Lehnsherr nicht vorhanden ist und daher auch keine Belehnung stattfindet[40]). Sind alle Successionsberechtigte des

---

ein entfernterer Agnat kontrahirt, um durch Bezahlung der Summe einen näheren zum Verzicht auf sein Folgerecht zu vermögen; hier seien alle diejenigen Lehnsfolger für die Schuld verhaftet, welche in Folge dieses Vertrages früher succediren, als sie nach der Erbfolgeordnung herankommen würden. Dagegen erklärt sich v. Gerber S. 186 (vgl. auch Struben Bed. I. no. 145) und fordert noch einen weitern Grund, z. B. Auftrag oder besondern Consens; ohne denselben entstünde nur eine Allodialschuld. Die Praxis behandelt aber jenen Fall als deb. f. respectivum, Gierke S. 63 f.

[37]) Dies Institut kommt partikularrechtlich in Sachsen (Zachariä § 174 ff., Pinder I. § 240 ff., II. S. 66—71), Mecklenburg (Roth S. 278), Preußen (Landr. I. 18. § 605 ff.) u. s. w. vor, vgl. Pufendorf III. no. 148, Hommel rh. no. 73, Eichhorn § 236, Weber II. S. 486 ff., 510, Mayr § 154, Gierke p. 72—77. — Das Gothaische Ges. § 217 nennt ihn „uneigentlichen Lehnsstamm", im Gegensatz gegen den eigentlichen Lehnsstamm § 214 ff., worunter es das Geldlehen versteht.

[38]) Es bedarf der Eintragung im Grundbuch. — Regelmäßig wird das Kapital auf dasjenige Lehngut gelegt, mit Bezug auf welches die Schuld entstanden ist; doch kann es auch auf einem Allod haften, sei es, daß das ursprüngliche Gut allodificirt, sei es, daß das Kapital von dem ursprünglich belegten Gut auf ein anderes übertragen wird. Ja es kann das Kapital auch in Werthpapieren angelegt werden, Pinder § 249 und II. S. 70 f.

[39]) Pr. Ldr. I. 18. § 484, 493, 496.

[40]) Pr. Ldr. I. 18. § 497; Pinder I. § 246. Doch war es auch möglich,

Lehnsstammes verstorben, so fällt derselbe an die Allodialerben des letzten Berechtigten[41]).

Lehnsquantum insbesondere nennt man die mit den Mitbelehnten vertragsmäßig vereinbarte Summe, gegen deren künftige Auszahlung sie sich verpflichten, in die eventuelle Veräußerung des Lehnguts an einen Fremden einzuwilligen oder das Lehen, wenn es ihnen anfallen würde, den Allodialerben des letzten Besitzers zu lassen[42]). Der wirthschaftliche Grund für die Verabredung solcher Lehnsquanta liegt darin, daß, wenn dritte Personen in die Mitbelehnschaft aufgenommen wurden und dadurch die Aussicht auf den künftigen Erwerb erhielten, sie dem Vasallen für diese Aufnahme eine Summe zahlten; sie sollen nun durch Bezahlung des Lehnsquantum entschädigt werden, wenn ihnen jene Aussicht verloren geht.

Durch die Verabredung des Lehnsquantum haben die Mitbelehnten für die gedachten Fälle nur ein persönliches Recht auf Zahlung der Summe gegen den besitzenden Vasallen und seine Allodialerben.

§ 127. Die Sonderung des Lehns vom Allod.

Wenn das Lehnsvermögen eines Vasallen von seinem Allod zu sondern ist, wie z. B. wenn der Lehnsfolger des verstorbenen Vasallen gar nicht oder nur zum Theil das Allod erbt oder das Lehn an den Herrn fällt oder wenn es im Konkurse von dem Allod zu trennen ist[1]), läßt sich in vielen Fällen diese Sonderung nicht durch einfache reale Trennung des Lehnguts von dem übrigen Vermögen bewirken, sondern bedarf es zugleich der Feststellung und Befriedigung von Forderungen, welche der Besitzer der einen Masse gegen den der andern hat.

Das Absonderungsgeschäft, falls es unter Vermittelung des

---

daß durch Lehnsauftragung der Lehnsstamm zu einem wirklichen Geldlehen gemacht wurde, Pr. Ldr. I. 18. § 502 ff.

[41]) Die genaueren Grundsätze ergeben sich theils aus den Partikularrechten, theils aus den besondern Festsetzungen für den einzelnen Lehnsstamm.

[42]) Zachariä § 174.

[1]) Baier. Ed. § 171. — Das ältere Recht bot auch den Fall dar, daß das einem Dritten verliehene anevelle sein Ende nimmt (vgl. oben § 119 N. 37 ff.).

Gerichts erfolgt, gehört in dubio nicht vor die Lehnsgerichte[2]; doch kann der Lehnsherr fordern, bei demselben zugezogen zu werden[3]. Was die Sonderung im einzelnen angeht[4], so ist

1. das Lehngut selbst mit seinen Zubehörungen, Gutsparzellen, Realrechten u. s. w. abzusondern[5]; Mobilien, selbst wenn sie zur Bewirthschaftung des Guts dienten, gehören zum Allod, sofern nicht ihre Lehnspertinenzqualität nachgewiesen werden kann[6]. Während man früher für den Fall des Streits, ob eine Sache allodial oder feudal sei, Präsumtionen, besonders zu Gunsten der allodialen Qualität, aufstellte[7], kommt es vielmehr auf die prozessualische Lage an, um zu bestimmen, wer den Beweis zu führen hat[8].

2. Hatte der Vasall zu dem Lehngut weitere Stücke hinzu erworben und mit ihm für die Dauer vereinigt[9], oder hatte er für

---

[2]) Vgl. aber auch oben § 122 N. 12.

[3]) Baier. Ed. § 173.

[4]) Das Pr. Ldr. I. 18. § 508 und Baier. Ed. § 179 verweisen im allgemeinen auf die Auseinandersetzungsgrundsätze nach beendigtem usus fructus.

[5]) Ueber Lehnspertinenzien vgl. oben § 118 N. 4.

[6]) Pinder II. S. 133. § 570.

[7]) Ueber Sachsensp. II. 43. § 1 (Sve en gut eme seget to lene unde en ander seget it si sin egen; spreket se 't mit geliker were an, jene mut it bat to egene behalden, mit tvier scepenen getüge, denne die andere to lene) vgl. Laband vermögensrechtl. Klagen S. 213 f., 405 f., Heusler S. 265 ff., welche den allgemein lautenden Anspruch auf den Fall beschränken, daß ein Allodial- und ein Lehnserbe sich gegenüber stehen und Jeder von ihnen im Besitz zu sein behauptet; vgl. auch Planck Ger. Vf. I. S. 598 ff. — Das langob. Lehnrecht enthält auch kein allgemeines Prinzip; II. 41. pr.: wenn der Allodialerbe nicht die allodiale Qualität beweist, kommt der Lehnserbe zum Beweise mit Eideshelfern; II. 26. § 1: der Allodialerbe wird zunächst in den Besitz gesetzt; in Ermangelung von andern Beweismitteln kommt der Lehnserbe zum Schwur; vgl. aber aber auch II. F. 26. § 2 und II. F. 41. § 1, 2. — Die Präsumtion zu Gunsten des Allods stellt auf die Dec. Sax. elector. v. 1661. no. 37 (Zachariä § 214), das Baier. Ed. § 175, 176; vgl. auch Mynsinger observ. V. no. 25, Struben Nebenst. III. no. 17. p. 295 ff., Hagemann Landwirthschaftsr. § 401 ff., Weber IV. S. 665 ff., Eichhorn § 192 N. i; weitere Literatur bei Pinder II. S. 132 f.

[8]) v. Gerber § 104 N. 3, § 106 N. 8.

[9]) Wenn der Vasall nicht die dauernde Verbindung und die Entstehung der Lehnsqualität beabsichtigte, so gehören sie natürlich zum Allod, Zachariä § 212. — Kasuistische Bestimmungen darüber, wann die Einverleibung in das Lehngut anzunehmen sei und das Allodialvermögen entschädigt werden müsse, Pr. Ldr. I. 18. § 527 ff., 543 ff.

dasselbe oneroser Weise Dienstbarkeiten erworben oder Meliorationen vorgenommen, welche über seine Pflicht der wirthschaftlichen Erhaltung hinausgehen und nicht bloß sein individuelles Interesse befriedigten, sondern zur Wertherhöhung des Guts gereichten[10]), so hat der Besitzer des Allodialvermögens einen Anspruch auf Ersatz der Verbesserungen und Wertherhöhungen[11]), wobei jedoch nicht die Höhe der Auslagen, sondern der jetzige Werth des Lehns in Betracht zu ziehen ist[12]). Handelt es sich lediglich um impensae voluptuosae, so besteht nur ein jus tollendi.

---

[10]) Bestritten ist, ob zu den dem Allodialvermögen zu ersetzenden Meliorationen auch die Tilgung einer prinzipalen Lehnsschuld zu rechnen ist. Die Frage ist zu bejahen, da durch die Tilgung eine jedem Lehnsfolger zu gute kommende Erhöhung der reinen Rente des Lehns bewirkt wird. Nur so weit, als der Lehnsbesitzer verpflichtet ist, eine Schuld aus seinem Allodialvermögen zu bezahlen, besteht keine Ersatzpflicht; Buchka u. Budde Entscheidungen V. S. 182 ff., v. Gerber Abhh. I. S. 177 f.; anders Roth § 85 N. 22, 23 und Goth. Mandat § 142.

[11]) II. F. 28. § 2: Si vasallus in feudo aliquod aedificium fecerit, vel ipsum sua pecunia melioraverit, et contigerit postea, ut vasallus sine filio masculo decedat, dominus aut patiatur aedificium auferri, aut solvat pretium meliorationis. Idem dico, si pretio servitutem feudo acquirat. Quidam alii dicunt, omnino ad dominum pertinere; vgl. auch II. F. 8. § 3. — Sachsensp. II. 21. § 2—4 erkennt mit Bezug auf Gebäude keinen Ersatzanspruch an, sondern läßt sie ohne weiteres dem Lehn folgen, Homeyer II. 2. S. 524; in bewußter Abweichung vom langob. R. bestimmt dies auch Const. Sax. III. 31 (Zachariä § 215 N. 4). — Irrig sagt Bülow u. Hagemann III. no. 17. S. 109 in Uebereinstimmung mit vielen Andern, daß die auf dem Lehngut befindlichen Gebäude allezeit als wirkliches Allodium zu betrachten sind, während schon Hommel no. 809 richtig ausgeführt hatte, daß, wenn auch der Allodialerbe mit Rücksicht auf die vom Vasallen aufgeführten Gebäude und die mit dem Lehn noch verbundenen Früchte einen Ersatzanspruch hat, diese Sachen doch zum Lehn gehören und Lehnsqualität haben. — Einen sehr weitschweifigen Aufsatz über diese Fragen von Semler enthält Hagemann u. Günther's Arch. f. Rechtsgelehrsamkeit III. 1789. S. 104—135, IV. S. 58—139.

Ueber den Ersatz für Servituten Pufendorf II. no. 16, über Meliorationen überhaupt Pufendorf I. no. 183, 184, III. no. 138, Bülow und Hagemann III. no. 17. — Gothaisches Mandat § 90.

[12]) Zachariä § 215 N. 2. — Braunsch. Lüneb. LO. v. 1767. § 1 (Pufendorf IV. no. 259): es soll den Landerben ein Kapital ersetzt werden, welches der Erhöhung der Revenüen nach Zugrundelegung von 6 Procent entspreche. — Dagegen Gothaisches Mand. § 90. Abs. 2: es haben die Lehnserben

3. Andererseits hat der Erwerber des Lehns gegen das Allodialvermögen einen Anspruch auf Ersatz der dolosen oder kulposen Deteriorationen des Lehns[13]), unter der Voraussetzung, daß der Schaden von dem letzten Besitzer, resp. einem früheren Besitzer verschuldet ist, dessen Universalsuccessor derselbe geworden ist[14]).

4. Die bereits separirten Früchte des Lehnguts gehören zum allodialen Vermögen; die noch nicht separirten fructus naturales ist der Lehnsfolger zu ernten berechtigt[15]). In Betreff der fructus industriales beobachtet das ältere deutsche Recht das Prinzip, daß sie zum Allod gehören, soweit sie bereits von dem Vorbesitzer des Lehns verdient sind, d. h. soweit die für ihre Erzeugung erforderliche Arbeit zu der Zeit, als der Grund für die Trennung der beiden Vermögensmassen eintrat, bereits gethan ist[16]). Das langobardische Recht hat feste Termine angenommen: tritt der Grund zur Sonderung zwischen dem 1. März und 1. September ein, so gehören die in dieser Zeit geernteten oder zu erntenden Früchte dem Allodialvermögen an, während, wenn er außerhalb dieser Zeit fällt,

---

„nur den wirklich gehabten Aufwand und keineswegs den Werth zu erstatten, welchen die Verbesserung zur Zeit des Successionsfalls gehabt hatte."

13) Hatte der frühere Besitzer Lehnsstücke veräußert und der jetzige Lehnsbesitzer dieselben entgeltlich zurückerworben, so hat letzterer einen Anspruch gegen das Allod, Pr. Ldr. I. 18. § 554 ff. — Nach Meckl. R. (Roth S. 269 N. 58) gilt die Belastung des Guts mit Hypotheken nicht als Deterioration, für welche Ersatz zu leisten ist.

14) Vgl. Eichhorn § 363 N. w, besonders aber das sorgfältige Erkenntniß bei Buchka u. Budde V. S. 177 ff. (1862). — Nach dem Goth. Mand. § 91 besteht kein Ersatzanspruch, sondern haben nur die Mitbelehnten und die Obrigkeit darüber zu wachen, daß keine Devastationen eintreten.

15) Homeyer Sachsensp. II. 2. S. 525 f., Const. Sax. III. 32. Abs. 7.

16) Sachsensp. II. 58. § 1, 2, 3, Gosl. Statt. S. 13. Z. 8. — Mit Recht tadelt v. Gerber § 131 N. 9 die Partikularrechte (z. B. Const. Sax. III. 32. Abs. 6, Goth. Mand. § 87, 88 u. s. w.) und die Schriftsteller (z. B. Eichhorn § 363 N. g, Zachariä § 216 N. 2, Pinder § 574), welche, gestützt auf Sachsensp. I. 22. § 1 und III. 15. § 1, für den Fall, daß der Tod des Vasallen die Veranlassung zur Sonderung ist, als Moment, um zu entscheiden, ob die Frucht verdient ist, nicht den Todestag, sondern den dreißigsten Tag nach demselben annehmen. Daß dies nicht der Sinn des Sachsensp. sei, vgl. Homeyer Sachsensp. II. 2. S. 525; über die ganze Frage vgl. die stoffreiche, dogmengeschichtliche Darstellung bei Homeyer der Dreißigste S. 248 ff.

der Lehnsberechtigte sie erhält[17]). Die Praxis und die Partikularrechte halten zum Theil den alten Gesichtspunkt von der verdienten Frucht aufrecht[18]), zum Theil lassen sie statt des 1. September einen andern Termin[19]) oder das Ende der Ernte[20]) oder noch andere Grundsätze entscheiden[21]).

Der Lehnsbesitzer, welcher die Früchte erhält, hat dem Allodialvermögen den Aufwand für Saat und Bestellung zu erstatten.

5. Sind Civilfrüchte ein Aequivalent der natürlichen Früchte (z. B. Pachtzinse), so werden sie wie diese behandelt[22]). Abgaben, welche an bestimmten Terminen fällig sind, gehören zum allodialen Vermögen, wenn sie zur Zeit, in welcher der Grund zur Sonderung eintritt, bereits fällig waren[23]).

§ 128. Die Aufhebung des Lehnsverhältnisses.

I. Das Lehnsverhältniß nimmt mit Bezug auf alle an einem Lehn betheiligten Personen ein Ende:

1) beim Untergang des Lehnsobjekts[1]),

2) wenn das Recht des Lehnsherrn widerruflich war und sein Ende nimmt,

---

[17]) II. F. 28. § 3; am Schluß wird bemerkt, daß nach der Ansicht von Einzelnen die sämmtlichen fructus pendentes zum Lehnsvermögen gehören.

[18]) z. B. Const. Sax. III. 32, Goth. Mand. § 87, 88: die „bereits angesammelten Früchte“ und die noch auf dem Felde stehende und also schon vorher ausgesäten oder gepflanzten Feldfrüchte und Gartengewächse.“

[19]) Die Zeit vom 1. April bis 1. Okt., Steinacker S. 586.

[20]) Eichhorn § 363 N. 1; in Meckl. drang diese Richtung nicht durch, Roth § 85 N. 12.

[21]) Pr. Ldr. I. 18. § 508 vgl. mit I. 21. § 151 ff., 166 f. bestimmt, daß bei Landgütern der Reinertrag des betreffenden Wirthschaftsjahrs nach Verhältniß der Zeit zwischen dem Allodial- und dem Lehnsinteressenten getheilt werde; bei andern Objekten gebührt dem Allodialvermögen die Nutzung desjenigen Quartals, in welchem die Sonderung veranlaßt wurde, § 170 ff.

[22]) z. B. Hommel rh. no. 129, Steinacker S. 586.

[23]) Sachsensp. II. 58. § 2, 3, Const. Sax. III. 32. Abs. 5, 6, Seuffert XXXVIII. no. 38; vgl. auch Zachariä § 218.

[1]) Derselbe kann bei Grundstücken kaum vorkommen, wohl aber bei Rechten.

3) durch ordnungsmäßige Veräußerung des Lehnsobjekts an einen Dritten zu Allod[2]),

4) durch Eigenthumsersitzung von Seiten eines Dritten am Lehn[3]).

II. Wenn das Recht des Vasallen ein Ende nimmt und weder Lehnserben, noch in Folge von Mit- oder After-[4]) oder Eventualbelehnungen Lehnsfolger vorhanden sind, welche an seine Stelle treten könnten, so kehrt das dingliche Recht des Vasallen durch Consolidation zum Herrn zurück. Unter den Fällen der Consolidation ist zu unterscheiden, je nachdem eine Felonie des Vasallen stattgefunden hat oder nicht.

A. Ohne Felonie:

1. beim Aussterben der Familie des Vasallen resp. der Mitbelehnten und Eventualbelehnten; ist der Vasall eine juristische Person, bei deren Auflösung;

2. wenn das Recht des Vasallen widerruflich oder nur auf Zeit begründet war, bei Eintritt des Widerrufs oder Ablauf der Zeit;

3. durch Uebertragung seines Rechts an den Herrn oder Kündigung des Verhältnisses von Seiten des Vasallen. Der Lehnsherr darf der Aufkündigung des Verhältnisses nicht widersprechen[5]). Doch wirkt die Consolidation nur temporär zum Nachtheil der

---

[2]) Also besonders im Falle der Subhastation zu Allod, vgl. z. B. Preuß. Ldr. I. 18. § 337—339, oder bei einer Veräußerung mit Einwilligung des Lehnsherrn und sämmtlicher Lehnsfolger.

[3]) Eichhorn § 238 N. e behauptet, daß wegen der unverjährbaren actio feudi revocatoria nur unvordenkliche Zeit helfen könne. Indessen gilt die Unverjährbarkeit nur im Falle unerlaubter Veräußerungen durch einen Vasallen, vgl. Reyscher II. § 394 N. 1, Unterholzner Verjährung II. S. 259. N. *, v. Gerber § 134 N. 2. — Auch in diesem Falle lassen Partikularrechte die Verjährung zu, vgl. § 124 N. 17, 18, 26. Die Wirkung der Verjährung ist in Folge des neueren Grundbuchrechts beschränkt.

[4]) Nach manchen Rechten fällt dann das Recht des Aftervasallen fort, vgl. § 123 N. 10, 11.

[5]) Das ältere deutsche Recht (vgl. Homeyer S. 499 ff.) unterschied a) Auflassung des Guts an den Lehnsherrn; als mittelbare Folge hörte die Lehnspflicht auf; b) untseggen, d. h. Aufsagen des persönlichen Verhältnisses, welches dann zugleich das dingliche Recht vernichtet; vgl. auch noch Kraut § 246. no. 1, 2. — Ueber neueres Recht z. B. Preuß. Ldr. I. 18 § 643 ff.

Descendenz des Vasallen[6]), während die Agnaten und Mit- oder Eventualbelehnten zur Zeit des Anfalls des Rechts an sie die Belehnung fordern können. Im Fall des Verkaufs des Lehns an den Lehnsherrn kommen die Sätze vom Retrakt zur Anwendung;

4. durch Acquisitivverjährung[7]) des vasallitischen Rechts von Seiten des Lehnsherrn; sie wirkt gleichfalls nur temporär, da die einzelnen Lehnsfolger erst mit dem Anfall des Rechts an sie die Belehnung fordern können. Daher hilft dem Lehnsherrn auch nicht der Besitz des Lehns unvordenkliche Zeit hindurch[8]).

B. Wegen eigentlicher Felonie, d. h. wegen Bruchs der Lehnstreue[8a]) verliert der Vasall das Lehen nur in den schwereren Fällen, welche entweder in den Gesetzen ausdrücklich als solche bezeichnet sind oder den gesetzlich anerkannten gleichzustellen sind[9]). Als Fälle der Felonie führen die Libri feudorum auf[10]): Verweigerung der Lehnspflicht oder des Lehnseides, Verlassen des Herrn im Felde, Verrath, Gewaltthätigkeit oder schwere Injurien gegen den Herrn, Nachstellungen nach dem Leben, Kriminalanklagen oder Zeugniß gegen den Lehnsherrn, Kukurbitation[11]), Unterlassung der Lehns-

---

[6]) Nach dem Baden'schen Ges. § 33 nur zum Nachtheil der ungeborenen Descendenz des Verzichtenden.

[7]) Nach älterm deutschem Recht griff die rechte Gewere Platz, z. B. Kraut § 246. no. 3.

[8]) v. Gerber § 135. 4). — K. F. Eichhorn § 251 N. h. — Baier. Lehnsed. § 211: „durch die Verjährung wird der Lehnsverband nicht aufgelöset." — Jede Verjährung will ausschließen Beseler § 167 N. 15, 16.

[8a]) Ehrenberg Commendation und Huldigung S. 144 ff. leugnet, daß die Felonie ein Vergehen sei, sie sei nur Contraktsbruch; für das spätere Mittelalter ist das unbedingt irrig.

[9]) Eingehend Eichhorn § 241, v. Gerber § 136. — Ueber das ältere deutsche Recht, welches bei geringeren Vergehen nur eine Geldstrafe, das Gewebde, eintreten läßt, Homeyer S. 505 ff., 569 ff. — II. F. 23. pr.: sed sunt quaedam ut ita dicam egregiae ingratitudinis causae, quibus beneficium secundum mores curiarum solet adimi. — II. F. 24. § 9: der Richter soll die gesetzlichen Bestimmungen per analogiam ausdehnen.

[10]) Die Citate bei Eichhorn § 241 N. d.

[11]) d. h. Beischlaf cum uxore ejus, cum filia, cum nepte ex filio, cum nupta filio, cum sorore domini, I. F. 5. § 1, II. F. 24. § 4; vgl. auch Alw. Schultz Höfisches Leben I. 1879. S. 465.

erneuerung, Veräußerung des Lehns, schlechte Bewirthschaftung u. s. w. Die neueren Partikularrechte haben spezielle Vorschriften[12]). — Der Lehnsverlust tritt regelmäßig nur bei dolus[13]) und in Folge der Vollendung der Handlung ein.

Die Felonie berechtigt den Lehnsherrn nicht zur sofortigen Einziehung des Lehns, sondern zur Klage auf Aberkennung des Lehnrechts; er kann die Vindikation oder die Deliktsklage anstellen. Als actio vindictam spirans geht sie weder aktiv noch passiv auf die Erben über[14]); sie erlischt, abgesehen davon, daß ausdrücklich oder stillschweigend der Lehnsfehler verziehen (pardonirt) werden kann, durch 30jährige Klageverjährung[15]).

Die Felonie bewirkt nur eine temporäre Consolidation zum Nachtheil des schuldigen Vasallen selbst und seiner Descendenz[16]), während Mitbelehnte und Agnaten beim Anfall an sie das Lehn vom Herrn fordern können; neuere Partikularrechte geben aber auch den Descendenten nach dem Tode des schuldigen Vasallen das Recht auf Erwerb des Lehns[17]).

C. Der Vasall verliert sein Recht wegen Quasifelonie, d. h.

---

[12]) Baier. Landr. IV. 18. § 51, Baier. Ed. § 183, 184, Preuß. Ldr. I. 18. § 147; nach Meckl. R. (Roth § 89) alle unter den Begriff der Majestätsbeleidigung oder des Hochverraths fallenden Verbrechen.

[13]) Baier. Ldr. IV. 18. § 51. no. 6, Baier. Ed. § 186, Pr. Ldr. I. 18. § 152 vgl. mit § 154. — Eichhorn § 241 N. f. — Ausnahmsweise wird die negligentia dem dolus gleichgestellt in II. F. 24. § 3 und außerdem bei der unterlassenen Lehnserneuerung vgl. oben § 122 N. 21.

[14]) Mynsinger III. no. 97, Baier. Ldr. IV. 18. § 51. no 9, Baier. Ed. § 187, Pr. Ldr. I. 18. § 625, 626, Baden'sches Ges. § 34.

[15]) Baier. Ldr. IV. 18. § 51. no. 10. Nach Preuß. Ldr. I. 18. § 630 gilt die Felonie als verziehen, wenn der Lehnsherr nicht in einem Jahre nach ihrer Begehung die Klage anstellte.

[16]) Schon in alter Zeit findet sich aber die Milderung, daß die Descendenten nicht von den Wirkungen der Felonie betroffen werden; vgl. z. B. Urk. v. 1190 (Beyer mittelrh. Urk. B. II. no. 107) und Homeyer S. 512.

[17]) Baier. Lehnsed. § 188; nach dem Pr. Ldr. I. 18. § 615—617 verliert der Vasall das Lehn in einzelnen Fällen nur für seine Person, in andern für sich und seine Descendenz. — Nach sächs. R. verliert auch die Descendenz das Lehnrecht, aber tritt nicht einmal eine temporäre Consolidation ein, sondern fällt das Lehn sofort an die Mitbelehnten, Constit. Saxon. II. 48, Zachariä § 225, Pinder I. § 593 und II. S. 136 f.

wegen einzelner mit dieser Folge bedrohten Handlungen (parricidium, Verrath an einem Mitvasallen), insbesondere wegen aller ehrlos machenden Verbrechen; denn der Ehrlose ist nicht lehnsfähig (oben § 119 N. 6ᵃ). In diesem Fall fällt schon nach gemeinem Lehnrecht (II. F. 24. § 11) das Gut sofort an die Agnaten, nach späterer Praxis[18]) und neueren Gesetzen selbst an seine lehnsfähigen Descendenten[19]).

III. Was die Aufhebung der Rechte des Lehnsherrn angeht, indem das Eigenthum desselben durch Appropriation an den Vasallen kommt, so ist der wichtigste Fall derselben:

1. die Allodifikation. Dieselbe kann mit Bezug auf ein einzelnes Lehn vorgenommen werden, indem zwischen dem Lehnsherrn und Vasallen ein Vertrag darauf hin abgeschlossen wird[20]). Die Rechte der Agnaten und Mitbelehnten werden dadurch nicht berührt; sie behalten ihre Successionsrechte in das jetzt allodiale Gut[21]), so daß dasselbe einem Fideikommiß verwandt wird. Die größte Zahl der Lehen ist aber durch gesetzliche Vorschrift in Allod verwandelt worden, indem die Lehnsherrlichkeit durch einen Akt der Gesetzgebung beseitigt wurde[22]).

2. Die Lehnsherrlichkeit kann weiter dadurch untergehen, daß

---

[18]) Daß sie nicht auf das langob. R. gestützt werden kann, Schröder Ztschr. V. S. 298 f.

[19]) Const. Sax. III. 27, Zachariä § 227. — Nach dem Landfrieden v. 1548. tit. 3. § 1 (Reichsabschiede II. S. 576) zieht der Herr das Lehn des ehrlosen Vasallen ein und verleiht es erst nach seinem Tode der Descendenz, resp. den Agnaten.

[20]) Ueber die verschiedenen Arten der vertragsmäßigen Aufhebung Struben Bedenken II. no. 38, Zachariä § 229ᵃ.

[21]) Ohne allen Grund nimmt Hoffmann sächs. Lehnrecht § 3 an, daß auch nach der Allodifikation der Vasall das lebenslängliche Nutzungsrecht habe und „daß den Besitzern und allen zur Succession berechtigten Vasallen, Mitbelehnten und deren Descendenten gemeinschaftlich das volle Eigenthum zustehe." — Die Meckl. VO. v. 7. Febr. 1877 bestimmt: „Die Descendenten von Agnaten mit Einschluß successionsberechtigter Schildvettern sind ebenso schlechthin und ohne alle Rücksicht auf sonstige Beerbung durch die Zustimmung ihrer Ascendenten zu der von einem Vasallen erwirkten Allodifikation eines Lehngutes gebunden, wie die Descendenten eines Vasallen durch die von diesem erwirkte Allodifikation eines Lehngutes gebunden werden".

[22]) Vgl. oben § 117.

der Vasall unter Voraussetzung von bona fides und justus titulus das Eigenthum in der gewöhnlichen, oder bei Fehlen des Titels in der außerordentlichen Verjährungszeit ersitzt[23]).

3. Bei Handlungen des Herrn, welche, wenn sie der Vasall beginge, Felonie sein würden, bestimmt das langob. Recht: proprietatem feudi ad vasallum pertinere[24]); ohne bestimmte gesetzliche Vorschrift wäre diese Wirkung nicht anzunehmen, da an sich ein jus in re aliena beim Fortfall des Eigenthümers sich nicht zum Eigenthum verstärken kann[25]).

Beim Aussterben der Familie des Lehnsherrn fällt die Lehnsherrlichkeit nicht an den Vasallen; bei Privatlehen geht sie auf den Fiskus, bei Staatslehen auf den Regierungsnachfolger über.

Zweiter Abschnitt. Das Recht der Rittergüter und der Bauergüter.

§ 129. Die Rittergüter[1]).

1. Der ländliche Grundbesitz zerfällt im allgemeinen in die in städtischen Feldmarken liegenden Güter, in Rittergüter und in Bauer-

---

[23]) Unterholzner II. S. 259 N. 700, Reyscher II. § 394. 2, v. Gerber § 137 N. 3. — Weber IV. S. 733 ff. (ebenso Baier. Landr. IV. 18. § 52) fordert allgemein 30 Jahre; Eichhorn § 244, Mayr § 164 beim Fehlen des Titels die unvordenkliche Verjährungszeit. — Beseler § 107 nach N. 30 will überhaupt keine praescriptio definita zulassen. — Die Verjährung kann keine Wirkung äußern, wenn die Lehnseigenschaft im Hypothekenbuch eingetragen ist, Preuß. Ldr. I. 18. § 659. — Allgemein wird ihre Zulässigkeit geleugnet im Baier. Ed. § 211, im Baden'schen Gesetz § 35.

[24]) II. F. 26. § 24, II. F. 47. — Das ältere deutsche Recht ließ in diesem Fall nur die Dienstpflicht des Vasallen fortfallen, Homeyer S. 515 f.

[25]) Nach dem Pr. Ldr. I. 164 wird der Lehnsherr für seine Person des Obereigenthums und der lehnsherrlichen Rechte verlustig. Die neueren Lehnsgesetze enthalten keine derartige Bestimmung, wohl weil eine Felonie des landesherrlichen Lehnsherrn undenkbar erscheint.

[1]) Runde § 404—418, Eichhorn § 287—289, Mittermaier § 472 bis 479, Maurenbrecher § 595—598, Gengler (3. Aufl.) § 56, Weiske Rechtslexikon IX. S. 419—450. — Haubold § 388—393, Wächter II. § 37, Reyscher § 236—238, Steinacker § 270, Falck V. § 116, 117, Roth B. II. § 117. — Weitere Literatur bei Mittermaier § 473 N. 7, Roth § 117

güter[2]). Ob ein Gut zu den Ritter- oder Bauergütern gehört, ist wesentlich nach seinen rechtlichen Schicksalen in früheren Jahrhunderten zu entscheiden. Wenn sich auch die Verhältnisse des Grundbesitzes in den verschiedenen Gegenden und zu den verschiedenen Perioden sehr abweichend gestalteten, kann man doch als Bauergut im allgemeinen ein Gut von kleinerem Umfange bezeichnen, welches in früheren Jahrhunderten regelmäßig nur dem Bauernstande angehörige Wirthe besaßen, wogegen Rittergüter diejenigen Güter allodialer oder lehnbarer Qualität sind, welche in früheren Jahrhunderten sich regelmäßig in den Händen von Adligen befanden und wegen der ständischen Vorrechte ihrer Besitzer von manchen Beschränkungen und Lasten frei blieben und andererseits wiederum dem Besitzer gewisse Rechte gewährten, deren Voraussetzung der Besitz von unbelasteten Gütern war.

Was in früheren Jahrhunderten Rittergut war, blieb es im allgemeinen auch später. Indessen kam es auch vor, daß Bauern von den Adligen ausgekauft und ihre Güter so zu Rittergütern wurden (sog. „Legen der Bauern")[3]), besonders seitdem die Theorie galt, nach welcher der Gutsherr das Bauergut einziehen durfte, wenn der Bauer nicht den bestimmtesten Beweis führte, daß er an demselben Erbzins- oder emphyteutisches Recht habe[4]), — andererseits

N. 3. — Ueber die Geschichte der Rittergüter in der Mark Brandenburg Riedel die Mark Brandenburg II. S. 163 ff., 173 ff.

Da besondere privatrechtliche Grundsätze über die Rittergüter kaum mehr der Gegenwart angehören, wird von diesen Gütern nur kurz gehandelt.

[2]) In einzelnen Ländern giebt es noch Mittelgattungen, indem gewisse Güter nicht alle Vorrechte der Rittergüter hatten und von den Beschränkungen der Bauergüter frei blieben, so die Würtemb. Freigüter, v. Wächter II. S. 217, Reyscher I. § 236, die Sattel- oder Sedelhöfe (ursprünglich so viel wie Rittergüter, z. B. Kraut § 253. no. 2, 4), Struben Bed. I. no. 3, Runde § 410 N. a, v. Gerber § 79 N. 9.

[3]) Ueber die Mark Brandenburg Riedel die Mark II. S. 167, 177 ff., L. Korn in d. Ztschr. f. R. G. XI. S. 16 f., 25, 30; vgl. auch Dernburg I. § 209 N. 3—5; über Schleswig-Holstein Falck V. S. 204 ff. — Verbote dagegen oben § 84 N. 8, 9.

[4]) Vgl. Böhlau Ztschr. f. R. G. X. S. 388; gesetzlich ausgesprochen in den Meckl. Reversalen v. 1621. § 16, daselbst S. 392 N. 142; vgl. auch Kraut § 260. no. 7.

sind auch gelegentlich Rittergüter in Bauergüter aufgelöst worden[5]). Außerdem aber konnte auch die Regierung durch besondere Privilegirung einem Gut die Rechte des Ritterguts verleihen[6]).

2. Schon in alter Zeit unterschied man die Grundstücke, je nachdem sie der Eigenthümer oder, wenn es ein Lehngut ist, der Vasall für sich behielt und zu seinem Vortheil bewirthschaftete oder sie an Bauern austhat. So trat die Herrenhufe, der mansus dominicatus, die terra salica, in einen Gegensatz gegen die von dem Herrenhof (der curtis principalis) an freie, hörige oder leibeigene Bauern ausgethanen Bauergüter. Von jener leistete der schöffenbarfreie oder ritterbürtige Besitzer den Kriegsdienst, von diesen hatten statt des Kriegsdienstes die Bauern Steuern an den Landesherrn oder Vogtherrn und außerdem mannigfache Leistungen an den Gutsherrn abzuführen. Jene Güter erscheinen, weil sie immer von vollfreien Personen oder Rittern besessen werden und von den bäuerlichen Lasten befreit waren, als freie Güter. Sie sind nicht bloß Güter der Freien, sondern selbst freie Güter (bona libera, bona absoluta)[7]), Rittergüter[8]) und es entwickelte sich für sie ein eignes Recht[9]). — Bei der großen Ausbreitung des Lehnswesens waren die meisten Rittergüter lehnbar, verhältnißmäßig wenige allodial[10]).

Zu den Rittergütern kommen seit Aufhebung des alten Reichs

---

[5]) Riedel II. S. 168 N. 3.

[6]) Ueber die Verleihung in Preußen v. Rönne Preuß. Staatsr. (3. Aufl.). I. 2. § 148. III. S. 498 f.; vgl. auch Steinacker S. 599 f.

[7]) Lacomblet I. no. 532 zwischen 1167—1191: illud . . . predium . . . liberum sic in eadem libertate sine aliqua exceptione inbeneficiavit cuidam L. de G. viro libero, cujus libertati omni jure cedere debeat et possit libertas liberi predii. — Seibertz I. no. 216, 225. a. 1240, 1242. — Vgl. auch z. B. Homeyer Handgemal S. 32 f., Waitz Urkunden z. deutschen Verf. G. 1871. S. 39 ff., Verf. Gesch. V. S. 395 f.

[8]) hobae nobiles, Meichelbeck I. no. 1205, Waitz Verf. G. V. S. 395 N. 2—4.

[9]) z. B. Urk. v. 1291 (Walter Rechtsgesch. § 521 N. 2): eadem curia habeat et optineat omne jus et libertatem, quemadmodum curie militum habere dinoscuntur, que Stadilhove vulgariter appellantur.

[10]) Nach Haubold § 389 N. b waren in Sachsen ursprünglich alle Rittergüter Lehen (über den Begriff der sächs. Rittergüter vgl. Zachariä sächs. Lehnr. § 5 N. 1); doch darf man dies nicht für Deutschland allgemein mit Gengler Lehrb. S. 1359 N. behaupten.

die Besitzungen des mediatisirten hohen Adels (Standesherrschaften) und der Reichsritterschaft hinzu, denen durch die Bundes-Akte art. 14 die Rechte der Rittergüter in erhöhtem Maß garantirt wurden. Doch unterscheiden sie sich von den letztern insofern, als ihr privilegirter Zustand aufhört, sobald sie in andere Hände übergehen[11]).

3. Da die Vorrechte der Rittergüter sich nicht bloß aus dem Stande ihrer Besitzer ergaben, sondern auch nach den politischen Ansichten und Grundsätzen jener Zeit nur dem Adel zustehen durften und überdies die Rittergüter großentheils Lehn waren, sollten sie auch nur vom Adel erworben werden und war der Bürger- und Bauernstand von ihrem Erwerbe ausgeschlossen[12]). Trotzdem kamen Bürgerliche vielfach in den Besitz von Rittergütern, da ja den Städtern in manchen Privilegien die Lehnsfähigkeit zuerkannt war[13]). In einzelnen Ländern hielt man strenge an dem Verbot fest[14]), in andern galt der Bürgerstand nicht für ausgeschlossen[15]) und suchte man dem Adel die Rittergüter dadurch zu reserviren, daß man ihm gegenüber nicht-adligen Erwerbern das Retraktrecht gab (§ 88 N. 16).

---

[11]) v. Gerber § 79 N. 12.

[12]) Altes Oestr. Landr. § 50 (Hasenöhrl S. 271); das furbas kain gebuer (so ist statt gewer zu lesen, Luschin Entstehungszeit des östern. Landesrechtes 1872. S. 35) kain aigen nicht kauffe. — Für Jülich-Berg wird im J. 1478 (Lacomblet IV. no. 400) bestimmt, daß kein Geistlicher, Bürger, noch huyslude Rittergüter erwerben sollen. — Schlesw.-Holst. Verbot v. 1623 (Falck V. S. 175 f.; dasselbe scheint nicht in Observanz gekommen zu sein), sächs. v. 1743 (Hommel rh. 164). — Andere Nachweisungen bei Walch Näherrecht S. 452. — Das Bremer Stadtr. v. 1303 (Oelrichs S. 56) verbietet den Bürgern: riddere edher knapen got zu empfangen.

[13]) Vgl. oben § 119 N. 12 und Runde § 404, Haubold § 390a N. a, Heimbach § 324 N. 2, 347 N. 1.

[14]) Nach dem Preuß. Landr. II. 9. § 37, 50, 51 sollen Personen bürgerlichen Standes adlige Güter nur mit landesherrlicher Erlaubniß erwerben. — Ueber die verhältnißmäßig seltene Zulassung bürgerlicher Erwerber in Schlesien v. Richthofen über die singulären Erbrechte an schles. Rittergütern. Breslau 1844. S. 85 ff.

[15]) Struben Nebenst. III. no. 21. § 9. S. 526 ff., Haubold § 390a. — Vgl. auch oben § 119 N. 17. — Im sächs. Lehnsmandat v. 1764. VI. § 3 erklärt der Kurfürst, er sei nicht gemeint, den Bauersleuten die Acquisition der Rittergüter zu gestatten.

In der neueren Zeit, welche sowohl die ständischen Unterschiede, als auch die Sonderstellung einzelner Arten von Gütern beseitigt, resp. beschränkt hat, ist jener Retrakt beseitigt und der Erwerb der Rittergüter völlig freigegeben[16]). Für ganz Deutschland hat endlich das Reichsgesetz vom 1. Novb. 1867 bestimmt:

> Jeder Bundesangehörige hat das Recht, innerhalb des Bundesgebietes an jedem Orte Grundeigenthum aller Art zu erwerben[17]).

4. Das besondere Recht der Rittergüter bestand

a) darin, daß ihre Besitzer in Rücksicht auf die Grundstücke von manchen Beschränkungen durch die Landeshoheit und Vogtei frei waren, nicht den Bannrechten[18]), in geringerem Maß dem Jagd- und Fischereiregal und der Forsthoheit[19]) unterlagen. Es ist dies jetzt bedeutungslos seit Aufhebung der Bannrechte, und des Jagdregals und seit der in vielen Staaten erfolgten neuen Fischereigesetzgebung.

b) Da von dem Rittergut regelmäßig die benachbarten Bauergüter abhängig waren, an denen der Ritter die Gutsherrlichkeit oder Vogtei besaß, hatte er auf ihnen oft das Recht der Jagd, Fischerei, Hutung u. s. w., erhob von ihren Besitzern manche Abgaben, forderte von ihnen Dienste u. s. w. Diese nur zufällig mit dem Besitz des Ritterguts verbundenen Rechte sind in Folge der Ablösungsgesetze und der Entlastung des bäuerlichen Grundbesitzes gefallen.

c) Die Rittergutsbesitzer besaßen manche politische Vorrechte,

---

[16]) Preuß. Edikt v. 9. Okt. 1807. § 1. — Die Preuß. Kabin.-Ordre v. 25. Jan. 1831, wonach Dorfgemeinden im Erwerb von Rittergütern beschränkt waren, ist durch die Kreis-Ordn. v. 13. Dez. 1872. § 135. IX. 6 aufgehoben. — Weimar'sches Gesetz v. 17. Mai 1826. § 3: Bauern erhalten die Lehnsfähigkeit, um auch Rittergüter und städtische Grundstücke zu erwerben. — Sächs. Ges. v. 22. Febr. 1834. § 5: „die Bestimmung in kreisländischen Gesetzen, daß Personen vom Bauernstande nicht Rittergüter erwerben ... sollten, wird aufgehoben."

[17]) Das Preuß. G. v. 28. Mai 1874 hebt die Verpflichtung zur Ableistung des Homagialeides behufs Erwerbung von Rittergütern auf und erklärt, daß Ausländer zum Erwerbe fernerhin nicht der ministeriellen Specialconcession bedürfen.

[18]) Vgl. z. B. Runde § 416, Kraut § 253 no. 15, Haubold § 391 N. f, § 446ª N. b u. e.

[19]) Oben § 84. III.

die Landstandschaft[20]), Befreiung von Grundsteuern[21]), der Einquartirungslast, Landfrohnden, Zöllen u. s. w., und den eximirten Gerichtsstand[22]). Auch diese Vorrechte sind größtentheils aufgehoben in Folge der neuen Gesetzgebung über die Landesverfassung, die Vertheilung der Steuern und Staatslasten u. s. w. Partikularrechtlich besteht noch ein Vorrecht der Rittergutsbesitzer bei der Bildung landständischer Versammlungen[23]).

Hatte also früher der Rittergutsbesitzer das Eigenthum an seinem Gut oder das Herrschaftsrecht über sein Lehn in voller uneingeschränkter Kraft und als Besitzer manche privat- und staatsrechtliche, als Realrechte erscheinende Berechtigungen[24]), so ist diese Sonderstellung der Güter in der neueren Zeit fast ganz geschwunden.

---

[20]) Partikularrechtlich nur, wenn sie den Adel, resp. Ahnenadel besaßen, Haubold § 393.

[21]) War ihr Besitz sehr umfangreich, so hatten sie nur eine bestimmte Zahl von Hufen frei, z. B. Gercken dipl. vet. march. I. S. 22. a. 1281: miles sub aratro suo habebit sex mansos, famulus vero quatuor et hi erunt penitus liberi; et si plures quidem habuerint, de his dabunt censum prelibatum; vgl. auch Kraut § 253 no. 2 ff. — Grimm Weisth. III. S. 452 (Wetterau, v. J. 1409): wenn der Edelmann auf seinem Gut (Eigen oder Lehn) sitzt und es selbst bebaut, so setzt man ihm keine Bede darauf; verlandsiedelt er es aber, so setzet man daroff und off den landsiedel. Vgl. auch noch über die Steuerbefreiungen Riedel Brandenburg II. S. 182 f., Haubold § 391, 392, Runde § 413, 414.

[22]) Ihre Güter waren den Obergerichten unterworfen, sog. schriftsäßige im Gegensatz der amtsäßigen, d. h. der den Amtsgerichten unterworfenen Güter, Kraut § 253 no. 1, Haubold II. § 389 N. c, Reyscher § 237 N. 5.

[23]) z. B. für das Preuß. Herrenhaus, Verordn. v. 12. Okt. 1854. § 4 no. 2—4. Das genauere gehört in das Territorialstaatsrecht.

[24]) v. Gerber § 79 sagt, die betreffenden Rechte seien mit dem Eigenthum selbst verschmolzen, es entstehe der „Begriff eines Grundrechts höherer Art, welches das gewöhnliche privatrechtliche Sachenrecht durch seine reichere Ausstattung weit überragt", vgl. auch s. Jahrbb. I. S. 75; er verwahrt sich Privatr. § 80 N. 1 dagegen, daß die betreffenden Rechte nicht die Natur des Eigenthums selbst modifiziren, sondern nur die Stellung des Eigenthümers. Vielmehr seien der Eigenthumsinhalt und die sich daran knüpfenden Berechtigungen zu einem untheilbaren juristischen Stoff zusammengeschmolzen. — Ich kann dieser Ansicht nicht zustimmen; die Verbindung bleibt eine rein äußerliche und die Rechte selbst erscheinen nicht als in dem Eigenthumsrecht enthalten, sondern mit ihm nur zufällig verbunden.

§ 130. Die Bauergüter. Einleitung.

Das Recht der Bauergüter ist in verhältnißmäßiger Kürze darzustellen. Denn ebenso wie die Lehngüter sind auch die meisten Bauergüter, an welchen früher die Gutsherrlichkeit bestand, neuerdings in freies Eigenthum verwandelt worden oder gehen einer solchen Umwandlung entgegen. Sodann aber sind die rechtlichen Verschiedenheiten, welche sich für die Bauergüter in provinzieller oder lokaler Beziehung ergeben, viel mehr faktischer und willkürlicher als prinzipieller Natur. Denn der Herr konnte bei Verleihung eines Bauerguts das Besitzrecht des Bauern nicht bloß in Rücksicht auf Abgaben und Dienste regeln, sondern auch festsetzen, in wie weit er in der Nutzung beschränkt sei, wie es mit dem Erbrecht stehe, ob und unter welchen Voraussetzungen er sein Gut veräußern, mit Schulden belasten u. s. w., in welchen Fällen der Herr es einziehen dürfe u. s. w. So bildeten sich keine festen Institute für das gesammte Deutschland heraus; überdies fehlte es an gemeinrechtlichen subsidiären Normen, wie sie für die Lehngüter das langobardische Lehnrecht enthielt. Wenn auch gewisse Grundzüge mit ziemlicher Gleichmäßigkeit überall vorkommen und es die Regel sein mochte, daß ein Grundherr die verschiedenen ihm gehörigen oder seinem Herrenhof unterworfenen Güter in gleicher Weise austhat, so gab es doch so viel Hofrechte, als es Herrenhöfe gab, und auch die Namen für die einzelnen Arten von Besitzrechten bedeuten nicht überall das gleiche. Für das Detail müssen wir also auf die Darstellung der Partikularrechte verweisen.

Wir handeln hier sowohl von den Bauergütern, welche Eigenthum des Bauern sind, als von denen, an welchen er nur ein dingliches Recht hat; denn einmal treten bei beiden Arten vielfach gleichmäßige Grundsätze ein, und sodann sind viele der bisher nur zu dinglichem Recht besessenen Güter jetzt in das Eigenthum des Besitzers übergegangen, unter theilweiser Beibehaltung der früher für sie geltenden Grundsätze.

Ueber das Erbrecht in Bauergüter wird im Erbrecht gehandelt werden.

Literatur[1]).

J. P. Ludewig de jure clientelari germanorum in feudis et coloniis. Hal. 1717. 4°.

D. G. Strube commentatio de jure villicorum vulgo vom Meyerrecht. ed. quarta. Hannov. 1770. 4.

Lennep Abhandlung von der Leyhe- zu Landsiedelrecht. 2 Thle. Marb. 1768. 4 (der 2. Theil: Codex Probationum worinnen zur nöthigen Erläuterung und Bestättigung seiner Abh. von der Leyhe zu Landsiedel-Recht viele bißher ungedruckte Lehn- und Leyhebrieffe, auch andere Archivalische Urkunden zusammengetragen sind).

Buri vgl. oben S. 408; der 2. Theil handelt fast ganz vom Bauernrecht.

C. Gesenius das Meyerrecht mit vorzüglicher Hinsicht auf den Wolfenbüttelschen Theil des Herzogthums Braunschw.-Lüneburg. 2 Bände. Wolfenb. 1801, 1803.

Theod. Hagemann Handbuch des Landwirthschaftrechts. Hannov. 1807.

Sommer Handbuch über die älteren und neueren bäuerlichen Rechtsverhältnisse in den Preuß. Provinzen in Rheinland-Westphalen 1830. 2 Bände.

Spangenberg prakt. Erörterungen I. 1831. S. 157—274: Darstellung des im Herzogthum Sachsen-Lauenburg geltenden Meierrechts, S. 274—286: über die Meierverfassung im Fürstenthume Grubenhagen.

P. Wigand die Provinzialrechte der Fürstenthümer Paderborn und Corvey. 3 Bände. Leipz. 1832 (I. S. 67 ff., 323 ff. die praktisch dogmatische Darstellung; II. S. 140—460 geschichtliche Entwickelung der bäuerlichen Verhältnisse, III. Urkunden und Gesetze).

Derselbe die Provinzialrechte des Fürstenthums Minden, der Grafschaften Ravensberg und Rietberg, der Herrschaft Rheda und des Amtes Reckenburg. 2 Bände. Leipz. 1834 (I. S. 117—422 von dem Colonat- und Meierrecht, II. S. 100—284 Geschichte, S. 285—493 Urkunden und Gesetze).

Welter das gutsherrlich-bäuerliche Rechtsverhältniß in besonderer Beziehung auf die vormaligen Eigenbehörigen, Erbpächter und Hofhörigen im früheren Hochstifte Münster und auf bäuerliche Grundbesitzer in anderen Gegenden Westfalens. Münster 1836.

Koken rechtliche Grundideen des deutschen Colonats. Holzm. 1844.

L. W. Pfeiffer das deutsche Meierrecht nach seiner rechtlichen Begründung und dermaligen Gestaltung. Kassel 1848.

B. Meyer das Colonatsrecht, mit besonderer Rücksicht auf dessen geschichtliche Entwickelung und jetzigen Zustand im Fürstenthum Lippe I. 1. 2, II.

---

[1]) Die meisten ältern Schriften handeln vom niedersächsischen, insbesondere Westphälischen und Hannöverschen Bauernrecht. — Weitere Literatur führt an: Gengler Lehrb. S. 1371, 1380, Grefe II. S. 142 ff., 268 ff., Pfeiffer Meierrecht S. 19 ff.

Lemgo u. Detm. 1854, 55 (I. 1. eine sehr unbrauchbare histor. Darstellung; I. 2. Dogmatik; II. Urkunden u. Aktenstücke).

Gäde die gutsherrlich-bäuerlichen Besitzverhältnisse in Neuvorpommern u. Rügen. Berl. 1853.

Mor. Busch Beiträge zum Meierrecht, mit besonderer Berücksichtigung der Provinzialgesetze und der gerichtlichen Praxis im Fürstenthum Hildesheim. Hild. 1855.

Niemeyer das Meierrecht in der Grafschaft Hoya. Hann. 1862 (im wesentlichen eine Darstellung des von den Gerichten zu Nienburg und Celle beobachteten Rechts, mit zahlreichen Erkenntnissen); dazu Nachträge von Müller in Nienburg, in d. Ztschr. f. Hannov. R. X. S. 243—270.

G. Preuß Lüneburgsches Provinzialmeierrecht. Hannov. 1862.

G. Frank über das Recht der Nachfolge in Meiergüter des Fürstenthums Lüneburg und der Grafschaft Hoya. Hannover 1862.

Danckwardt das Meckl.-Schwerin'sche Bauernrecht. Schwer. 1862.

v. Beaulien-Marconnay das bäuerliche Grunderbrecht vom Standpunkte des Gesetzgebers mit besonderer Rücksicht auf das Herzogth. Oldenburg. Oldenb. 1870.

Unter den Bearbeitungen der Partikularrechte: Reyscher I. § 232, 239, 240, II. § 356, 357, 395—397, Steinacker S. 466 ff., Grefe II. S. 138—298 (zahlreiche Auszüge aus den Gesetzen).

Ueber den gegenwärtigen Zustand des Rechts der Bauergüter in den einzelnen deutschen Staaten Neubauer Zusammenstellung des in Deutschland geltenden Rechts, betr. Stammgüter, Familienfideikommisse, Familienstiftungen, bäuerliches Recht, Reallasten u. s. w. Berlin 1879. S. 13 ff.

Geschichte:

Kindlinger Geschichte der deutschen Hörigkeit. Berl. 1819. — Riedel Mark Brandenburg II. S. 192 ff., und über die spätere Zeit in der Mark: L. Korn Geschichte der bäuerlichen Rechtsverhältnisse in der Mark Brandenburg von der Zeit der deutschen Colonisation bis zur Regierung des Königs Friedrich I., in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XI. S. 1—44. — Wigand's S. 500 angeführte Schriften und außerdem Wigand Denkwürdigkeiten des Reichskammergerichts S. 268 ff. — Mone in d. Ztschr. f. G. des Oberrheins V. 1854. S. 129 ff., 257 ff. — G. L. v. Maurer Geschichte der Fronhöfe, der Bauernhöfe und der Hofverfassung in Deutschland. Erl. 4 Bände. 1862, 63. — Böhlau über Ursprung und Wesen der Leibeigenschaft in Mecklenburg, in d. Ztschr. f. R. G. X. S. 357—426. — v. Inama-Sternegg Untersuchungen über das Hofsystem im Mittelalter. Insbr. 1872.

Für die Geschichte der italienischen Bauergüter: **Jacobi summa Anselmini de Orto super contractibus emphyteosis et precarii et libelli atque investiturae. Wimar. 1854.**

Ueber die Quellen des Bauernrechts Stobbe Gesch. d. deutschen Rechtsquellen I. S. 585 ff., II. S. 269; vgl. noch A. Meitzen Urkunden schlesischer

Dörfer zur Geschichte der ländlichen Verhältnisse und der Flureintheilung insbesondere (Cod. diplom. Silesiae. 4. Band). Breslau 1863. 4°.

Eine Zahl von Quellen führt auf Pfeiffer S. 10 ff., 388 ff., Grefe II. S. 144—164.

§ 131. Geschichte der Bauergüter.

1. Schon Tacitus berichtet, daß größere Grundeigenthümer nur einen Theil ihrer Besitzung für eigne Rechnung zu bewirthschaften und das übrige in kleineren Parcellen an Leibeigne auszuthun pflegten, welche für ihr Nutzungsrecht dem Herrn dienten und Abgaben leisteten. Aber auch an Hörige und Freie fanden im frühen Mittelalter zahlreiche Verleihungen von Seiten der Kirche und der weltlichen Großgrundbesitzer statt, so daß man unter den verliehenen Gütern mansi serviles, lidiles und ingenuiles unterschied[1]. Auch verwandelten viele Eigenthümer von kleineren Gütern, um den Bedrückungen der benachbarten Großen zu entgehen, ihr Eigenthum in abgeleiteten Besitz. Sie veräußerten ihr Grundstück an eine Kirche, einen Grafen oder Ritter und erhielten es von ihnen für sich und ihre Kinder oder bestimmte Generationen ihrer Erben gegen die Verpflichtung zu Diensten und Abgaben wieder zu abgeleitetem Recht zurück[2]. Solche Veräußerungen allodialen Vermögens fanden nicht bloß bald nach Einführung des Christenthums, sondern auch im spätern Mittelalter in unzähligen Fällen statt, besonders seitdem die Erblichkeit des bäuerlichen Besitzes nicht bloß zu Gunsten der Kinder, sondern auch weiterer Verwandten des Bauern anerkannt war. So wie der große Grundbesitz lehnbar, so wurde der kleinere gutshörig[3].

---

[1]) Vgl. oben § 100. IV. und über die verschiedenen Formen der kirchlichen Verleihungen (besonders beneficia und precariae) Guérard polyptique de l'abbé Irminon. Paris. 1844. p. 567 ff., Roth Feudalität und Unterthanenverband S. 142 ff., Heusler Gewere S. 51 ff., Waitz Verf. Gesch. VI. S. 82 ff., Löning Geschichte des Kirchenrechts II. S. 703 ff.

[2]) Ueber diese precariae oblatae Albrecht Gewere S. 194 ff., Roth Feudalität S. 152 ff., v. Maurer Fronhöfe I. S. 66 ff., Heusler Gewere S. 67 f., 470 ff.

[3]) Auch in den Städten kommen vielfach dem Bauernrecht analoge Verhältnisse vor, indem der Grundeigenthümer den Boden, die area, allein oder mit einem Hause zu Erbzinsrecht gegen einen jährlichen Zins austhat; vgl.

Nur wenige kleinere Güter verblieben im Eigenthum ihrer Besitzer; sie wurden den von einem Gutsherrn abhängigen Bauergütern dadurch angenähert, daß ihre Besitzer, da sie nicht mehr den Kriegsdienst zu leisten vermochten, sich und ihr Gut der Vogtei unterwarfen und sich zur Uebernahme mannigfacher Reallasten verstanden.

So trat der Unterschied zwischen den von einem Gutsherrn abhängigen und den vom Bauern zu Eigenthum besessenen Gütern in vielen Fällen faktisch gar nicht besonders hervor. Da die meisten in gutsherrlichem Verbande stehenden Bauergüter in immer erweitertem Maß erblich und oft auch veräußerlich waren[4]), kam das Eigenthumsrecht des Gutsherrn wesentlich in seinem Recht auf Dienste und Abgaben zur Erscheinung, und andererseits wurden die von den Bauern zu Eigenthum besessenen Güter mit immer mehr Lasten belegt; für manche derselben trat noch die neue Beschränkung hinzu, daß sie nur mit höherer Genehmigung zertheilt oder mit Schulden belegt werden durften.

Es konnte daher in manchen Fällen zweifelhaft sein, ob die Lasten auf der Grundherrschaft oder der Vogtei beruhten und es wurden oft genug von dem Herrn aus seiner Berechtigung zu Zinsen, Frohnden, Besthaupt u. s. w. Folgerungen für sein Recht am Gut gezogen, welche der bisherigen Entwickelung nicht entsprachen. Häufig wurden Güter, an welchen der Bauer — wenn auch vielfach belastetes — Eigenthum besaß, für Eigenthum des Zins- oder Vogtherrn und das Recht des Bauern für ein Erbzins- oder Colonatrecht angesehen[5]). Auch der Umstand, ob der Bauer frei, hörig oder leibeigen war, hatte keinen prinzipiellen Einfluß auf das Recht der Bauergüter. In Folge der Milderung der Leibeigen-

---

oben § 99 und die Literatur daselbst N. 3. Doch können wir diese Verhältnisse hier übergehen, weil das Eigenthum des Zinsherrn in den Städten regelmäßig viel früher als auf dem Lande unterging und das Recht des Erbzinsmanns, emphyteuta, sich in Eigenthum verwandelte, auf welchem ein Erbzins lastete, der ganz nach Art der gekauften Rente behandelt und oft schon früh ablösbar wurde.

[4]) Vgl. jetzt auch Waitz Verf. Gesch. V. S. 273 ff.

[5]) Vgl. z. B. Schletter kursächs. Constitutionen S. 238 f.

schaft und der zunehmenden Belastung der freien Bauern näherten sich die verschiedenen Klassen einander immer mehr an[6]).

2. Seit der Bekanntschaft mit dem römischen Recht betrachtete man viele Verleihungen aus dem Gesichtspunkt der Emphyteuse, mit welcher die altdeutschen bäuerlichen Besitzverhältnisse in mancher Beziehung verwandt waren. Man brauchte zunächst den Namen Emphyteuse nicht, weil man das Verhältniß unbedingt dem römischen Recht unterwerfen wollte, sondern um einen wissenschaftlichen Terminus zu gewinnen. Aber doch nahm man auch vielfach die römischen Sätze über den Verlust des Rechts bei dreijährigem Rückstande in den Zinsleistungen, über das Laudemium von 2 Procent des Kaufpreises u. s. w. auf[7]) und verwendete andererseits auch lehnrechtliche Prinzipien per analogiam. Das römische Recht wurde auch insofern den Bauergütern gefährlich, als es nur den Gegensatz von Pacht und Emphyteuse kennt. Falls nun der Bauer nicht ein emphyteutisches Recht erweisen konnte, ohne sich dabei auf Verjährung oder Unvordenklichkeit zu berufen, nahmen die Juristen seit dem 16. Jahrhundert an, daß er nur Pächter sei und der Gutsherr das Verhältniß kündigen dürfe[8]).

3. Diejenigen Güter, welche seit langer Zeit immer von Bauern besessen und mit Reallasten belegt waren, erlangten definitiv den Charakter von Bauergütern und behielten ihn auch bei, wenn später etwa ein Anderer als eine Person aus dem Bauernstande sie besaß.

Während des Mittelalters sollten Bauergüter nur von Bauern und nicht von Personen höheren Standes bewirthschaftet werden, weil die bäuerlichen Lasten mit deren Stande unverträglich wären[9]).

---

[6]) Vgl. z. B. Pfeiffer Meierrecht S. 45 ff.

[7]) Vgl. z. B. die römischen Sätze über Emphyteuse in dem Brünner Schöffenb. c. 281 ff., Wormser Ref. V. 2. tit. 2, Frankf. Ref. II. t. 15, Wildenbr. Ldr. II. t. 7 u. s. w. Umgekehrt liefert der Verfasser des Klagspiegels, welcher die römische Lehre von der Emphyteuse darstellen will, im wesentlichen eine Darstellung des deutschen Bauernrechts, Stintzing Geschichte der populären Literatur u. s. w. 1867. S. 371 f. — Schon Runde § 526 fordert, daß die fremden Grundsätze mit Behutsamkeit auf die Erbzinsgüter angewendet werden.

[8]) Böhlau in der Ztschr. f. R. G. X. S. 388 ff., 392. N. 142, Korn daselbst XI. S. 22 f.; vgl. auch Schletter kurf. Constitt. S. 239 f.

[9]) Vgl. auch Waitz Verf. Gesch. V. S. 276. — Edelleute sollen keine

Dabei blieb es im allgemeinen auch in der neueren Zeit[10]); es bedurfte der obrigkeitlichen Genehmigung, wenn Adlige Bauergüter erwerben wollten[11]) oder es war der Retrakt gegen einen adligen Bauergutsbesitzer zulässig[12]); der Gutsherr, welchem ein Bauergut anfällt, sollte es in kurzer Zeit wieder besetzen u. s. w[13]). Erst allmählich, besonders seit dem Anfang dieses Jahrhunderts, wurde der Erwerb frei gegeben[14]) und seit dem Reichsgesetz vom 1. November 1867 (oben S. 497) darf nirgends in Deutschland eine Beschränkung dieser Art weiter gelten.

4. Die Gesetzgebung unseres Jahrhunderts ist zur Entlastung der Bauergüter geschritten; sie hat nicht bloß die Reallasten aufgehoben oder für ablösbar erklärt (vgl. § 136), sondern an vielen Orten auch die Gutsherrlichkeit beseitigt. Wo der Bauer nicht das Eigenthum besaß, war doch das gutsherrliche Eigenthum so ge-

---

Bauergüter erwerben, Niederſ. Weisth. bei Grimm Weisth. IV. S. 665. § 30, Tiroler Weisthum daselbst III. S. 725. Abs. 6; Baier. W. VI. S. 137. § 33. — Es soll Niemand Zinsmann eines ebenbürtigen Genossen werden, Richtst. Lehnr. 20. § 4, Glosse zum Sachsensp. bei Kraut § 256. no. 24. — Der Erwerb durch eine Person höheren Standes wird zugelassen, wenn sie einen Bauern zum Lehnsträger bestellt, welcher dem Herrn gegenüber als Besitzer des Guts erscheinen soll, z. B. Grimm IV. S. 664. § 19, 20.

Die Möglichkeit, daß ein Mann von Rittersart ein Zinsgut hat, findet sich Sachsensp. II. 21. § 1. Beispiele kommen auch in den Urkunden öfter vor; z. B. Lacomblet I. no. 461 a. 1176: ein kölnischer Bürger ab ... ecclesia beneficiatus erat bonis feodalibus et bonis censualibus, que vulgo leengut et lazgut dicuntur; einige weitere Beispiele Lüntzel bäuerliche Lasten S. 125 f., Stobbe in d. Ztschr. f. deutsch. R. XV. S. 341—343, Ficker Herrschild S. 28 f., Waitz Verf. G. VI. S. 27 N. 8.

[10]) z. B. sächs. Bestimmungen bei Heimbach § 347 N. 4 (in Anhalt noch 1840), Hesse § 105 N. 4 (bei Bestellung eines Lehnsträgers tritt eine Ausnahme ein, S. 291 N. 4), Brückner § 767; Schlesw. Holst. Bestimmungen bei Falck V. S. 173 ff. Vgl. auch Walch Näherrecht S. 118 N. 3, S. 415.

[11]) Preuß. Landr. II. 9. § 73.

[12]) Trierer Ges. v. 1729. art. 24 bei Maurenbrecher rheinpreuß. Landrechte II. S. 182 N.

[13]) Pfeiffer Meierrecht S. 139 ff., 438 f., 530 ff.; Preuß. Ldr. II. 7. § 14—16. Vgl. auch oben § 84 N. 8, 9.

[14]) Preuß. Ed. v. 9. Aug. 1807. § 1. — Weimar'sches Ges. von 1754 (Sachse § 619 N. 2) und vom 17. Mai 1826, daß es keiner besondern Erlaubniß für den Erwerb der Bauergüter bedürfe.

schwächt, daß es sich im wesentlichen nur in dem Recht auf die Abführung der Reallasten äußerte und der Herr das ihm angefallene Gut nicht behalten, sondern von neuem austhun mußte. Im Zusammenhang mit den sonstigen agrarischen Reformen haben daher die neueren Gesetze dem Gutsherrn das Obereigenthum genommen und dem Bauern das volle Eigenthum ertheilt[15]; künftighin soll die erbliche Ueberlassung von Grundbesitz nur zu Eigenthum zulässig sein[16].

5. Wenngleich in der Gegenwart das Eigenthum des Bauern die Regel bildet und für dieses Eigenthum die regelmäßigen Grundsätze gelten, so sind doch partikularrechtlich in manchen Staaten Grundsätze des alten Bauernrechts erhalten, besonders was das Recht der Theilung und das Erbrecht angeht, und es ist in einzelnen kleineren Staaten oder für gewisse Bezirke dies Recht noch neuerdings kodifizirt[17] oder unter zeitgemäßen Reformen wenigstens zum Theil beibehalten worden[18].

---

[15]) In den Hanseatischen Departements durch das französische Dekret v. 9. Dezemb. 1811; in Würtemberg 1817, v. Wächter I. S. 997 und Römer Württ. Unterpfandsrecht S. 113 N. 7; für Hannover Ges. v. 23. Juli 1833. — Nachdem im J. 1811 in Preußen bestimmt war, daß der Zinsbauer gegen Geldzahlung oder Abtretung von einem Theil des Guts das volle Eigenthum frei von allen Lasten erwerben dürfe, und entsprechende Gesetze am 21. April 1825 für Westphalen und das Großherzogthum Berg erlassen waren (Welter S. 152 ff., 185 ff.), hebt das Ges. v. 2. März 1850. § 2 no. 2, § 5 „das Obereigenthum des Guts- oder Grundherrn und des Erbzinsherrn desgleichen das Eigenthumsrecht des Erbverpächters" auf; vgl. auch Dernburg I. § 209. — Kurheff. Ges. v. 26. Aug. 1848. § 1: „Aller . . . Leihe-, Meier-, Erbpacht- und sonstige gutsherrliche Verband . . . hört, sofern den Inhabern der Güter ein erbliches Recht . . . zukömmt, zu deren Gunsten auf." — Oestr. Pat. v. 7. Sept. 1848, Unger I. S. 311 f. — Ablösbarkeit des Obereigenthums gegen geringe Erhöhung des Erbzinses, Sächs. Gesetze v. 1832 u. 1851, Haubold § 171 N. b, Schmidt I. S. 252 f. — Nach dem Gesetz für das Bremen'sche Landgebiet v. 14. Jan. 1876. § 27 kann der Gutsherr die Ablösung des Gutsherrnrechts fordern.

[16]) In Sachsen seit 1833, Haubold § 171 N. e, Würtemberg seit 1809, v. Wächter I. S. 848 f., Preuß. Verf. Urk. art. 42, Preuß. Ges. v. 2. März 1850. § 91.

[17]) z. B. für Lippe Gesetz v. 26. Apr. 1864, für Schaumburg-Lippe vom 11. April 1870 (128 §§). Mecklenb. Schwerin'sche VO. v. 24. Juni 1869 für die Domanialbauern.

[18]) Vgl. im allgemeinen Bärnreither Stammgüter-System und Anerben-

So kann nach dem Oldenburgischen Gesetz v. 24. Apr. 1873 der Eigenthümer sein behaustes Grundstück für eine „Grunderbstelle erklären und dadurch bewirken, daß für dasselbe das altherkömmliche Bauernerbrecht, das sog. Anerbenrecht dann eintritt, wenn keine abweichenden testamentarischen Verfügungen getroffen sind." — Das Preuß. Gesetz, betreffend das Höferecht in der Provinz Hannover v. 2. Juni 1874[18a]) hebt die Rechte des Gutsherrn oder sonstigen Obereigenthümers nicht auf (§ 24). Es beseitigt freilich die Beschränkungen in der Disposition unter Lebenden oder von Todeswegen über den Hof oder einzelne Theile desselben und läßt im allgemeinen das regelmäßige eheliche Güter- und Erbrecht eintreten; doch können für ein bisher nach Anerbenrecht vererbtes Gut (den Hof) die bisherigen Grundsätze theilweise dadurch festgehalten werden, daß es auf Antrag des Eigenthümers in die „Höferolle des zuständigen Amtsgerichts" eingetragen wird; dann erbt das Gut nur Einer von den Descendenten des Erblassers (§ 5, 7, 13 ff.). Doch kann der Eigenthümer diese Qualität des Guts wieder löschen lassen (§ 7) und im Testament oder in einer gerichtlichen oder notariellen Urkunde andere Bestimmungen über sein Gut und seinen Nachlaß treffen. — In Braunschweig hat das Ges. v. 28. März 1874 trotz Aufhebung der Gutsherrschaft und Ablösung der Reallasten, trotz Beseitigung der Geschlossenheit der Güter und trotz der Dispositionsfreiheit des Bauern über das Gut, seine Grundsätze aufgestellt „unbeschadet der dem Bauernrecht eigenthümlichen Institute des Anerbenrechts, der Interimswirthschaft und der Leibzucht." — Das Bremische Gesetz, betr. die Rechtsverhältnisse des Grundbesitzes im Landgebiete, v. 14. Jan. 1876 hebt die bisherigen Verfügungsbeschränkungen unter Lebenden oder von Todeswegen auf, läßt aber

recht in Deutschland. Wien 1882. Das Preuß. Gesetz vom 13. Juli 1836 über die bäuerliche Erbfolge in der Provinz Westphalen hatte bestimmt § 1, daß Bauergüter, welche bisher mit besonderem Successionsrecht vererbt sind, in eine Matrikel eingetragen werden sollen; auch kann der Eigenthümer (§ 2) bisher nicht unter § 1 begriffene bäuerliche Besitzungen dem gegenwärtigen Gesetz unterwerfen und zu dem Ende in die Matrikel eintragen lassen. — Dies Gesetz wurde wieder aufgehoben durch VO. v. 18. Dez. 1848, Bärnreither S. 39 ff. — Ueber das neueste Westphälische Gesetz vgl. zu N. 18c.

[18a]) Ueber dasselbe Meyersburg Erläuterungen des Hannover'schen Höferechts. Hanuover 1875 und Bärnreither S. 19 ff.

das Anerbenrecht für die Descendenz des Besitzers bestehen, wenn der Hof auf Antrag des Eigenthümers bis z. J. 1885 in die Höferolle eingetragen wird (§ 5—7). Doch kann der Eigenthümer diese Eintragung wieder löschen lassen (§ 8). Auch darf er (§ 18) durch Testament oder beglaubigte Urkunde bestimmen, daß andere als die gesetzlichen Grundsätze für das Erbrecht eintreten sollen[18b]). — Endlich ist mit ähnlichen Bestimmungen am 30. April 1882 die Landgüter-Ordnung für die Provinz Westphalen und die Kreise Rees, Essen (Land), Essen (Stadt), Duisburg und Mühlheim a. d. Ruhr ergangen[18c]).

6. Es empfiehlt sich daher, die Grundlage des Bauernrechts, den im ganzen heutzutage überwundenen Standpunkt zuerst darzustellen und mit dem Recht derjenigen Güter zu beginnen, an denen der Besitzer nur ein dingliches Nutzungsrecht hat, und die zu Eigenthum besessenen Güter folgen zu lassen, für welche sich einzelne Reste des alten Rechts erhalten haben.

7. Da wo die Bauergüter in der Gegenwart noch eine besondere Klasse des Grundbesitzes bilden, läßt sich ihre Definition nur dahin geben, daß es diejenigen Güter sind, welche früher Bauergüter waren, d. h. Güter von regelmäßig kleinerem Umfange, welche der Vorrechte der Rittergüter entbehrten und mit verschiedenen Lasten zum Vortheil der Grund-, Gerichts- oder Vogtherrschaft belegt waren[19]).

[18b]) Aehnlich das Preuß. Gesetz v. 21. Febr. 1881 betr. das Höferecht im Kreise Herzogthum Lauenburg. — Ueber die Vorbereitung eines solchen Gesetzes für Kurhessen Enneccerus ein Höferecht für Hessen. Beschlüsse des Communallandtages für den Reg. Bez. Cassel nebst Begründung. Cassel 1882; über den Entwurf für die Provinz Brandenburg Bärnreither S. 79 ff.

[18c]) Ueber dasselbe Bärnreither S. 62 ff., Herm. Meyer die Landgüterordnung u. s. w. Berlin 1882, M. Hartmann die Landgüterordnung u. s. w. Paderborn 1882.

[19]) Unbefriedigend ist Beseler's (§ 183) Definition: „Landgüter, auf welchen die Landwirthschaft zwar in einem gewissen Umfange betrieben wird, der Wirth sich aber doch persönlich bei der Arbeit betheiligt"; ebenso irrig ist Unger's (I. S. 310) Begriffsbestimmung, daß nach Aufhebung der Gutsherrschaft unter einem Bauergut ein Grundstück zu verstehen sei, auf welchem die Landwirthschaft vom Wirth selbst und unmittelbar betrieben wird, und Bluntschli's (§ 66) Definition: „ein landwirthschaftliches, von dem Besitzer selbst und dessen Familie bebautes Gut." — Also würde das Gut nicht mehr ein Bauergut sein,

§ 132. Das erbliche Nutzungsrecht an Bauergütern.

Güter, an denen der Bauer ein erbliches Nutzungsrecht von der Gutsherrschaft geliehen erhalten hat, kamen in den verschiedenen Theilen Deutschlands unter den mannigfaltigsten Formen und Namen vor, ohne daß sich eine feste Terminologie bildete oder derselbe Name an den verschiedenen Orten das gleiche Verhältniß bezeichnete[1]): Erbe, Erbgüter[2]), Erbpachtgüter, Erbzinsgüter[3]), Bauerlehen[4]), Meiergüter[5]), Coloniegüter[6]), Baurecht[7]), Erbrecht[8]) u. s. w.[9]).

---

wenn der Bauer es verpachtet oder durch einen Inspektor verwalten läßt, und das Rittergut würde zum Bauergut werden, wenn es ein reicher Bauer kauft und sich persönlich bei der Arbeit betheiligt, ja selbst wenn der adlige Besitzer aus besonderer Passion persönlich an der Arbeit theilnähme. — Es läßt sich kein einheitlicher Begriff des Bauerguts geben; vielmehr muß man sich für die Gegenwart damit begnügen zu sagen, daß Bauergüter diejenigen sind, welche in Folge der politischen und wirthschaftlichen Zustände früherer Zeit zu Bauergütern im damaligen Sinne geworden waren.

[1]) Es bleibt ein vergeblicher Versuch, wie ihn die meisten Germanisten unternehmen, das Bauernrecht nach den verschiedenen Gegenden zu bestimmten Instituten zu entwickeln und dieselben zu einander in einen Gegensatz zu stellen. Hier war so vieles partikulär oder lokal, daß jede Kategorisirung irre führt und die angenommenen Kriterien der Güter sich in vielen Fällen nicht bewähren. — So versucht z. B. Pfeiffer das Recht der Meiergüter streng gegen andere bäuerliche Nutzungsrechte abzusondern; aber schon seine Definition S. 62 zeigt, daß ihm dies nicht geglückt ist: Meierrecht ist „das erbliche und dingliche Recht zur Bewirthschaftung eines fremden Guts mit der Verbindlichkeit zur Entrichtung bestimmter jährlicher Abgaben"; denn diese Begriffsbestimmung paßt auch auf andere Bauernrechte. Auch ist zu bezweifeln, daß (Pfeiffer S. 111, 219 ff., 510 ff.) bei Meiergütern mehr als bei andern gefordert werde, daß der Bauer eine persona habilis sei. Meiergut ist m. E. nur ein provinzieller Name, aber nicht die technische Bezeichnung für ein fest ausgebildetes Institut. Die von Pfeiffer S. 62—64 angeführten charakteristischen Eigenschaften finden sich zweifellos auch bei andern Bauergütern.

In seiner Vorliebe für schematische Behandlung sagt Walter § 510, es seien sieben Arten von Gütern zu unterscheiden; mit demselben Rechte könnte eine beliebige andere Zahl gewählt werden. Wie sich z. B. sein erbliches Colonat § 512—514 von seinem Erbzinsgut § 515 unterscheidet, dürfte schwer anzugeben sein.

[2]) Seitdem die Bauergüter erblich geworden waren, bezeichnete man sie ganz besonders als Erbe oder Erbgüter (oben I. § 63 N. 8), z. B. Urk. v. 1348 bei Mone Zeitschr. VI. S. 352: ein Gut erwerben in emphyteosim perpetuam, quod vulgariter dicitur zu einem rehten erbe; VI. S. 355 ff.: jure hereditario et emphiteotico in perpetuam emphyteosim; Kraut § 60.

1. Das erbliche dingliche Nutzungsrecht des Bauern wurde in der ältern Literatur und Praxis regelmäßig als dominium utile bezeichnet. Wenn auch gegen diesen althergebrachten Ausdruck nichts eingewendet werden soll, so ist sein Recht doch nicht Eigenthum, sondern ein Recht an einer fremden Sache, welches weder unbedingt als Emphyteuse und noch weniger als usufructus — welcher überdies nicht erblich ist — angesehen werden darf, sondern seinen Inhalt durch die Bestimmungen des objektiven Rechts oder die besondern Verabredungen bei der Verleihung empfängt[10]).

---

no. 39, 40, § 254. no. 2; andere Stellen bei Duncker in d. Ztschr. f. d. R. II. 1. S. 203 f., Bluntschli Zür. R. G. I. S. 265.

[3]) Bisweilen wird ein Unterschied in der Weise gemacht, daß beim Erbpachtgut der Zins im Verhältniß zu den Nutzungen steht, während er beim Erbzinsgut viel geringer ist und nur in recognitionem, zur Anerkennung der Abhängigkeit vom Grundherrn, gegeben wird, Preuß. Ldr. I. 21. § 187, Oestr. G. B. § 1122—1124, Thomas I. S. 256; oder daß beim Erbzinsgut der Bauer das dominium utile, beim Erbpachtgut ein jus in re aliena hat (unten N. 10). — Dagegen Haubold § 171: „Erbpachtgüter sind solche, an welchen die Besitzer die vorzüglichsten Rechte des Eigenthums gegen Entrichtung eines mit den Nutzungen in keinem Verhältniß stehenden Erbpachtzinses ausüben."

[4]) Schilling Waldemar-Erich'sches Lehnrecht S. 116 ff., Waitz Verf. Gesch. VI. S. 27. — Besonders wenn der Bauer das Gut unter dem Lehnrecht nachgebildeten (hofrechtlichen) Formen geliehen erhielt und den Treueid angelobte, Steinacker S. 567, oder wenn er Leistungen mit Bezug auf den Kriegsdienst übernahm, z. B. ein Pferd auszurüsten, Thomas I. S. 291 f. — Wenngleich einzelne lehnrechtliche Grundsätze für diese Güter Platz greifen, sind sie doch keine Lehen, und stehen nicht unter den Sätzen des gemeinen Lehnrechts; abweichender Ansicht z. B. Reyscher II. § 356.

[5]) Besonders in Niedersachsen und Westphalen, vgl. Pfeiffer S. 67 f. u. die Literatur bei v. Gerber § 140 N. 2. — In Würtemberg heißen Meier die Pächter, v. Wächter I. S. 163 a. E. — Auch im Hildesheimischen entwickelte sich aus dem Pachtverhältniß der Meiergüter erst allmählich nach der Reformation die Erblichkeit, Lüntzel bäuerliche Lasten S. 121—131. Vgl. auch Strube Bedenken III. no. 128, IV. no. 90 und Grefe II. S. 165 ff.

[6]) Pfeiffer S. 421.

[7]) Gleich Emphyteuse, Baier. Ldr. IV. 7. § 1.

[8]) Baier. Ldr. IV. 7. § 2, 3.

[9]) Weitere Namen noch bei Runde § 527—529, Eichhorn § 261, Gengler Lehrb. S. 1375 ff., Grefe II. S. 139 ff. — Die schleswigschen Festegüter darf man nicht mit v. Gerber § 140 N. 6 hierher zählen, da die Präsumtion gegen ihre Erblichkeit spricht, v. Stemann schlesw. R. G. II. S. 380.

[10]) Aeltere Quellen, welche dem Bauern Eigenthum zuschreiben, oben

Unter der Verpflichtung der ordentlichen Instandhaltung und guten Kultur hat der Bauer das ausgedehnteste Nutzungsrecht, erwirbt das Eigenthum an den Früchten bereits durch ihre Separation und hat auch auf die außerordentlichen Nutzungen ein Recht[11]), wogegen er andererseits auch die öffentlichen Lasten zu tragen hat[12]).

---

§ 78 N. 8; Gesetzesstellen für das dominium utile bei Pfeiffer S. 100 ff. — Das Pr. Landr. I. 21. § 201 sagt: „die Erbpachtgerechtigkeit ist das volle Eigenthum des Pächters" und will damit bezeichnen, daß er frei darüber verfügen darf; I. 21. § 199 schreibt dem Erbpächter die Rechte des Usufruktuars und I. 18. § 683 dem Erbzinsmann das dominium utile zu. — Pfeiffer S. 100 ff. bezeichnet das Meierrecht als dominium utile; aber für Schaumburg erklärt er sich S. 420 f. dagegen, weil hier dasselbe durch die Rechte des Landes- oder Gutsherrn vielfach beschränkt sei. — Nach Steinacker S. 478 ist das Erbzinsrecht ein dominium utile, S. 488 aber sagt er, das Meierrecht sei ein dem dominium utile zwar ähnliches, aber doch ein eigenthümliches deutsches dingliches Recht. — Beseler § 185 zu N. 3 befürchtet Mißdeutungen, wenn man nur ein jus in re aliena annehme; „dem Bauer ist sein Gut kein fremdes." — Am verkehrtesten ist es, wenn Einzelne dem Bauern wegen der großen Ausdehnung seines Rechts in neuester Zeit das Eigenthum und dem Gutsherrn nur ein jus in re aliena zuschreiben; vgl. dagegen Busch S. 184 f. und Grefe II. S. 277 f.

[11]) Nach Sachsensp. I. 54. § 5 kann wohl der Erbzinsmann, aber nicht der Pächter Steinbrüche anlegen, den Lehm konsumiren, Holz hauen und roden. — Roden und Holz fällen soll er nur mit gutsherrlicher Genehmigung, Grimm Weisth. III. S. 128. § 3, Nürnb. Ref. v. 1564. tit. 23. Gef. 15, Hoya'scher Landtagsabsch. v. 1697. § 7 (Strube Bedenken III. 115), Wigand Paderborn I. S. 89 ff., Pfeiffer S. 115, vgl. aber auch Grefe II. S. 195 f., Baden'sches Ges. B. art. 577[af] ff.

In Betreff des Erwerbs des thesaurus gehen die Partikularrechte auseinander; vgl. unten § 149 N. 31. In Ermangelung einer partikulären Bestimmung ist er dem Gutsherrn zuzusprechen; vgl. auch oben § 80 N. 18.

Ueber die Frage, ob der Meier auch die Nutzungen an den Alluvionen habe, vgl. Lage im Arch. f. civ. Praxis LVII. S. 64—75; weil der römische Emphyteuta dies Recht nicht gehabt habe, solle der Bauer nach gemeinem und nach lauenburgischem Recht die Alluvion auch nicht nutzen dürfen, — eine Ansicht, welche sicherlich dem im Volk lebenden Recht widerspricht und von der irrigen Annahme ausgeht, daß alle römischen Sätze über die Emphyteuse auch für die Bauergüter, insbesondere die Meiergüter, gelten. Das O. A. Ger. zu Berlin hat dagegen dem Bauern dies Recht für Lauenburg zugesprochen, Seuffert XXIX. no. 152.

[12]) Wormser Ref. V. tit. 2 (Ausg. v. 1561). fol. 105[b]. al. 1; Steinacker S. 483 N. 25.

Er ist berechtigt, Kulturveränderungen vorzunehmen, falls dieselben nicht zu einer Verschlechterung des Guts führen[13]). Servituten darf er entweder gar nicht oder nur für die Zeit auf das Gut legen, daß er oder seine Erben es besitzen[14]). Regelmäßig soll er das Gut selbst bewirthschaften und nicht verpachten[15]).

2. Der Gutsherr verlieh in älterer Zeit das Gut dem Bauern im Hofgericht und jeder neue Erwerber (Erbe oder sonstige Successor) hatte es aus der Hand des Herrn oder seines Beamten zu empfangen. Da ursprünglich das Recht des Bauern nicht erblich, ja wohl nur auf ein Paar Jahre begründet war, erklärt sich der in einzelnen Gegenden auch noch später festgehaltene Gebrauch, daß trotz des jetzt beständigen Rechts eine neue Beleihung immer nach dem Ablauf einiger Jahre nachzusuchen war[16]). Bei der Erneuerung, für welche in vielen Fällen ein Laudemium zu zahlen ist (vgl. § 136), pflegte dem Bauern eine Urkunde (Meierbrief, Erbzinsbrief) ertheilt zu werden[17]). Das Recht erlangt der Bauer durch die Verleihung,

[13]) Wormser Ref. V. 2. t. 2. fol. 106ᵃ: nicht in einem Weingarten die Reben aushacken, nicht Wiesen in Ackerland verwandeln; Frankf. Ref. II. 15. § 10. — Keine Veränderungen vornehmen, welche es unmöglich machen, das Gut in kürzerer Frist wieder in seinen ursprünglichen Zustand herzustellen, Baden'sches Landr. art. 577ᵃᵃ.

[14]) Pfeiffer S. 122 f. — Wenn die Weisthümer bei Grimm I. S. 338, 378 f., 397 und Tirol. Weisth. II. S. 76 Z. 24 dem Bauern verbieten, einen Nachzins oder Ueberzins auf das Gut zu legen, so wird damit eine Rentenbelastung gemeint, weil sie den Ertragswerth dauernd beeinträchtigt. Solche Nachzinse werden öfter in der Nürnb. Ref. v. 1564. XXIII. 1—3, 7, 8 erwähnt und auch Gatterzinse genannt (vgl. aber auch Gengler Lehrbuch S. 311 N. 7) — ein Ausdruck, welcher sonst für den vom Herrn beim Bauern abzuholenden Zins gebraucht wird, Grimm Rechtsalterthümer S. 388 f.

[15]) Pfeiffer S. 113 ff.; z. B. Grimm Weisth. III. S. 128. § 5, 129. § 10, 11, Sächs. Lehnr. 60. § 2, Richtst. Lehnr. 20. § 4. — v. Gerber § 140 N. 14 gesteht ihm das Verpachtungsrecht zu. — Was bedeutet es, wenn Grimm I. S. 331 ihm gestattet wird zu leihen umb die langgarben?

[16]) Nach dem Weisth. v. Stams (Tirol. Weisth. II. S. 56) soll der Bauer jährlich dem Herrn das Gut aufgeben, aber es wieder zurückerhalten, wenn sich gegen seine Bewirthschaftung nichts einwenden läßt. — Nach der Braunschw. Pol. O. von 1563 findet eine neue Beleihung alle 6 Jahre, später alle 9 Jahre statt, Steinacker S. 485, 491; vgl. auch Pufendorf obs. II. no. 97, Grefe II. S. 177 N. e, h, Kraut § 264. no. 11 u. unten § 133 N. 1.

[17]) Pfeiffer S. 85 ff., Grefe II. S. 176 ff., Pr. Ldr. I. 18. § 732, Seuffert XXVII. no. 242, vgl. auch XII. no. 283.

nicht erst durch Uebertragung des Besitzes[18]). Wo die Grundbuchverfassung durchgeführt ist, muß das Recht des Bauern in das Grundbuch eingetragen werden[19]). Seitdem das Meierrecht erblich ist, geht es auf den Erben bereits in Folge des Todes des bisherigen Besitzers über und liegt in der doch noch erfolgenden Bemeierung nur die Anerkennung des Herrn, daß der neue Erwerber eine persona habilis sei[19a]). Doch trifft partikularrechtlich den Nachfolger, wenn er es versäumt, innerhalb Jahr und Tag[20]) um die Beleihung nachzusuchen, der Verlust seines Rechts und darf der Herr seine Abmeierung beantragen[21]).

3. Zur Veräußerung des Guts bedarf der Bauer regelmäßig der Einwilligung des Gutsherrn[22]), schon darum, weil zum ordnungsmäßigen Erwerb die Beleihung von Seite desselben erforderlich ist[23]). Doch darf die Genehmigung meistens nicht versagt werden, wenn der neue Erwerber ein tüchtiger Wirth (persona habilis) ist und Garantien für eine ordentliche Wirthschaft und richtige Abführung der Lasten darbietet[24]). Partikularrechtlich muß auch die Genehmi-

---

[18]) Seuffert V. no. 46.

[19]) z. B. Oestr. Ges. B. § 1126. — Ueber die Erwerbung des Meierrechts durch Verjährung Ztschr. f. Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. XXXVII. no. 169.

[19a]) Niemeyer S. 53 ff., Grefe II. S. 219 f. (anders I. S. 355), Frank Meiergüter S. 32 f., Preuß Lüneburg'sches Meierrecht S. 52 f.

[20]) Grimm Weisth. I. S. 653, 663, 667.

[21]) Steinacker S. 481 ff., 491 ff.; doch tritt diese Folge nach manchen Rechten nur ein, wenn der Bauer den Meierbrief einzuholen unterläßt, obgleich er dazu aufgefordert ist; vgl. überhaupt Bülow und Hagemann IV. no. 9.

[22]) Purgold II. 45, Thomas II. S. 145 ff., Pfeiffer S. 116 ff., Grefe II. S. 183 ff., Heimbach § 355 N. 1, 5, Bopp in d. Ztschr. f. dtsch. R. V. S. 370 f. (die römischen Sätze von der Emphyteuse sind nicht ohne weiteres zu verwenden), Meyer Lippe'sches Colonatrecht II. no. 9. — Die Zustimmung des Herrn wird nicht gefordert: Urk. v. 1244 (Möser Urkk. z. Osnabr. Gesch., sämmtl. Werke VIII. no. 210) nemine requisito, Brünner Schöffenb. c. 281, Grimm Weisth. III. S. 543, 565; Tiroler Weisth. II. S. 102 Z. 28: der Bauer darf sein Gut verkaufen, als rock und mantel, doch in der rechten genossschaft.

[23]) Stobbe in v. Jhering's Jahrbb. XII. S. 181, 196.

[24]) Grimm Weisth. III. S. 724, 725: an einen Mann, von dem der Zinsherr unbeschwärt beleib, Wormser Reform. V. 2. tit. 2. fol. 106[a] u. [b], Preuß. Ldr. I. 18. § 698—701, I. 21. § 202, Baden'sches Landr. art. 1831[b5],

gung sonstiger Zins- oder Dienstherrn eingeholt werden, falls der Bauer solchen, abgesehen von der Gutsherrlichkeit, unterworfen ist; sie sollen ihnen nachtheilige Veräußerungen verhindern dürfen[25]).

Eine Veräußerung ohne Erlaubniß des Herrn ist nicht nichtig[26]), kann aber vom Herrn widerrufen werden, der das Gut wieder an sich zieht[27]). Regelmäßig wird der Consens des Herrn nur gefordert, um ihm die Prüfung zu ermöglichen, ob der Erwerber eine persona habilis ist; es soll daher der Herr das Gut auch nur einer persona inhabilis entziehen[28]).

Seitdem die Veräußerung freier geworden war, sollte der Bauer an vielen Orten das Gut zuerst dem Herrn anbieten und hatte dieser im Unterlassungsfall nur den Retrakt[29]). Doch war die Wirkung desselben für den Herrn vielfach dadurch beeinträchtigt, daß er das Gut nicht für sich behalten durfte.

4. Dieselben, theilweise noch strengere Vorschriften galten für die Veräußerung einzelner Parzellen oder die Theilung des Guts unter mehrere Besitzer; hier konkurrirte noch ein öffentliches Interesse, weil die Leistungsfähigkeit der Besitzer durch Verkleinerung der Güter gefährdet wurde[30]) und der Staat den Bestand der Bauergüter erhalten wollte. Daher reichte vielfach die Genehmigung des Gutsherrn nicht hin[31]), sondern wurde auch die obrigkeit-

---

Duncker in d. Ztschr. f. deutsches R. II. 1. S. 205 N. 1, 2, Steinacker S. 480. — Abgeschwächt im Oestr. Ges. B. § 1140, vgl. mit § 1128.

[25]) z. B. Grefe II. S. 189.

[26]) Wie v. Gerber § 140 N. 13 sagt; der von ihm angeführte Steinacker S. 480 behandelt nicht diese Frage. — Partikulär tritt Nichtigkeit ein und hilft selbst Verjährung nicht, Grefe I. S. 341.

[27]) Grimm I. S. 392 (ze jeren hannden ziehen), Tirol. Weisth. II. S. 289 Z. 29 ff., S. 300 Z. 29 ff., Pfeiffer S. 120 f., Pr. Ldr. I. 18. § 702. — Gelegentlich auch noch besondere Strafen: der Verkäufer soll des Landes verwiesen werden, der Käufer sein Geld verlieren, Weisth. v. 1588. § 11 bei Strube Bedenken V. S. 239.

[28]) Pr. Ldr. I. 18. § 702.

[29]) Vgl. oben § 90. VI.

[30]) Vgl. oben § 84. II.

[31]) Daß es der gutsherrlichen Genehmigung bedürfe, wird unzählige Male in den Weisthümern bestimmt, z. B. Grimm III. S. 38. no. 2, IV. S. 673, Brünner Schöffenb. c. 121, 281, Pufendorf obs. I. no. 84. — Die Theilung unter mehrere Erben wird oft in beschränktem Maße gestattet, z. B.

liche Erlaubniß gefordert. Partikularrechtlich sollten nur solche Parzellen abgetrennt werden, welche als Beistücke gelten, nur zufällig mit dem Hauptgut vereinigt sind und im Kataster eine besondere Stelle einnehmen[32]).

Die zu Unrecht abgetrennten Stücke kann der Gutsherr[33]) und der Besitzer des Hauptguts[34]) mit der Reunionsklage[35]) zurückfordern, wenn er die ehemalige Zugehörigkeit des betreffenden Stücks erweist[36]). Während an sich weder der Erbe des Veräußerers, da er die Handlungen seines Erblassers anzuerkennen hat, noch der Veräußerer selbst die Veräußerung widerrufen darf[37]), ist doch partikularrechtlich die Reunionsklage auch dem Veräußerer und seinen Erben gegeben[38]).

Die Klage ist keine Vindikation[39]), sondern der Revokationsklage des nächsten Erben völlig gleichzustellen[40]). Dem klagenden Gutsherrn oder Besitzer des Hauptguts muß der Besitzer die Parzelle unentgeltlich herausgeben[41]) und hat seinen Regreß an den Veräußerer und dessen Erben[42]); ist aber der Kläger der Veräußerer

---

Grimm I. S. 141, 247, 378, 500. Die mehreren Erben sollen das Gut zusammen besitzen, z. B. Urkk. v. J. 1187, 1204, 1206 bei Beyer mittelrhein. Urk. B. II. no. 90, 221, 225. — Noch das Schaumb. Lippe'sche Ges. v. 11. April 1870. § 10 bestimmt: „die Theilung eines im Gutsunterthänigkeits- oder ähnlichem Verbande stehenden Hofes ist vor der Auseinandersetzung des Eigenthümers mit dem Gutsherrn nicht zuzulassen."

[32]) Hommel no. 168. § 3, Thomas I. S. 250 ff., Steinacker S. 534 ff.

[33]) Vgl. z. B. Grimm Weisth. I. S. 378, Kraut § 65. no. 5, § 259. no. 11, Pfeiffer S. 82.

[34]) z. B. Eichhorn § 154, Thomas II. S. 193 ff.

[35]) Der Besitzer des Hauptguts kann auch geeigneten Falls die Retraktsklage (ex jure congrui) anstellen, Thomas III. S. 100 f., oben § 90. IV.

[36]) Steinacker S. 540, Meyer Lipp. Colonatr. II. no. 12. S. 46.

[37]) Pfeiffer S. 81, Niemeyer S. 40, Seuffert XII. no. 282.

[38]) Grefe II. S. 190 f., Beseler § 186 N. 15; Lippe'sches Gesetz v. 11. April 1870. § 13.

[39]) Sie wird gewöhnlich dafür ausgegeben, Eichhorn § 154, Beseler § 186. III., Walter § 508, Steinacker S. 539; so auch in dem N. 38 angeführten Lippe'schen Gesetz.

[40]) Vgl. oben § 87 N. 42 ff.

[41]) z. B. Grimm Weisth. I. S. 378.

[42]) Kraut § 65. no. 5, Eichhorn § 154 N. i ff. — Vgl. auch Kraut

selbst oder dessen Erbe, so haben sie dem Beklagten den Kaufpreis und seine Meliorationen zu ersetzen[43]).

Partikularrechtlich ist die Reunionsklage unverjährbar und wird selbst nicht durch Unvordenklichkeit ausgeschlossen[44]).

5. Auch zur Verpfändung ist gutsherrliche Genehmigung erforderlich, weil sie zur Veräußerung des Guts führen kann[45]). Partikularrechtlich soll die Erlaubniß nicht verweigert werden, wenn ein Darlehen zum Vortheil des Guts aufgenommen wird[46]), oder soll sie überhaupt nicht erforderlich sein[47]).

Für die Schulden des Bauern kann das Zinsgut im all-

---

§ 259. no. 11. — Meyer I. 2. S. 284 nimmt an, daß sie den Kaufpreis zu erlegen haben. — Wo partikularrechtlich der Kläger den Kaufpreis zu ersetzen hat, spricht man — meines Erachtens unzweckmäßigerweise — von einer Retraktsklage, Struckmann in dem Magaz. f. Hannov. R. V. S. 262 ff.

[43]) Seuffert XII. zu no. 282 N.

[44]) So nach älterm Braunschw. Recht (Steinacker S. 540), ferner Thomas II. S. 197, Meyer I. 2. S. 282. — Keine Verjährung, aber wohl Unvordenklichkeit, Nürnb. Ref. XXIII. Ges. 12, Niemeyer S. 40. — Die Klage verjährt in 30 Jahren Seuffert XV. no. 42, Schaumb. Lippe'sches Ges. v. 1870. § 13 und es ist dies auch überall anzunehmen, wo keine entgegengesetzte Bestimmung besteht. — Nach der Kalenberg. Meier-Ordn. begründen 30 Jahre die Vermuthung, daß der Herr konsentirt habe, Grefe II. S. 101. — Nur 10 Jahre besteht die Klage nach dem Weisth. v. 1588. § 21 bei Strube Bed. V. S. 242.

[45]) Steinacker S. 480, Pfeiffer S. 123 ff., Bremer Handfesten O. v. 1860. § 8. 1.

[46]) Pfeiffer S. 123 ff.

[47]) Weil der römische Emphyteuta die Sache verpfänden durfte, bezeichnet schon Mynsinger resp. XXVIII. § 24 ff. es als communior opinio, daß der Zinsbauer auch dies Recht habe. Das Verpfändungsrecht geben ihm Preuß. Landr. I. 18. § 697, 707, Weimarsches Ges. v. 6. Mai 1839. § 6, die sächs. Gesetzgebung seit 1843 (Haubold § 209 N. f, § 459 N. f, Siegmann Sächs. Hyp. R. S. 185 ff.). — Nach dem Preuß. Ldr. I. 18. § 708, 709, vgl. aber auch § 800, 804, 805, 807, 811 braucht der Gutsherr beim Anfall des Guts an ihn nur diejenigen Belastungen anzuerkennen, in welche er gewilligt oder soweit er für Meliorationen dem Bauern oder seinen Erben Ersatz zu leisten hat. — Nach Meckl. R. muß der Gutsherr beim Heimfall eines Erbpachtguts die eingetragenen Hypotheken anerkennen; denn wenn der Bauer im Hypothekenbuch als Erbpächter eingetragen sei, habe der Herr ihm dadurch zugleich den Zugang zu Eintragungen im Buch eröffnet, v. Meibom Meckl. Hypothekenrecht S. 118; anders bei andern Arten von Bauergütern S. 119.

gemeinen nicht als Exekutionsobjekt in Anspruch genommen werden. Ebenso wie bei Lehngütern trat aber eine Ausnahme ein, wenn die Schuld zur Melioration des Guts begründet wurde (versio in rem)[47a]) oder der Gutsherr in dieselbe gewilligt hatte. Für solche Schulden steht nicht bloß der Bauer selbst und sein Erbe ein, sondern sie gehen auch auf den Singularsuccessor über[48]).

Kommt es wegen hypothekarisch eingetragener oder sonst anzuerkennender, insbesondere konsentirter Schulden zur Subhastation des Guts, so erwirbt der Ersteher nicht Eigenthum, sondern unter Vorbehalt der gutsherrlichen Rechte nur das dingliche Recht[49]).

6. Ueber sein Nutzungsrecht kann der Bauer possessorisch und petitorisch selbständig processiren, ohne den Gutsherrn zuzuziehen; doch hat dieser überall ein Interventionsrecht[50]). Handelt es sich dagegen um die Substanz und Gerechtigkeiten des Guts, so soll der Gutsherr zugezogen werden[51]). Doch besteht auch in dieser Rücksicht keine Gleichmäßigkeit und ist der Bauer partikularrechtlich nach jeder Richtung zu Processen legitimirt und der Gutsherr an deren Ausgang gebunden[52]).

[47a]) „Alle erweislich um des Hofes und dessen Zubehörs willen contrahirte . . . . Schulden", VO. f. die Grafschaft Lingen v. 1823. § 37 (Runde Interimswirthschaft S. 287).

[48]) Pfeiffer S. 123 ff., 552 ff., Grefe I. S. 357 f., II. S. 241 ff.

[49]) Preuß. Ldr. I. 21. § 212—215, Pfeiffer S. 363 f., 372. — Die Veräußerung im Konkurse wirkt nach Schlesw. Holstein'schem Rechte nur so lange, als Descendenten des ersten Erwerbers des Guts am Leben sind, Falck V. S. 220, Paulsen S. 72 N. 8; man übertrug also die Sätze von der successio ex pacto et providentia majorum auch auf die Bauergüter.

Nach einigen Rechten war es dem Bauern gestattet, zur Tilgung der Schulden den Besitz und die Nutzungen des Guts den Gläubigern zu überlassen oder es wurde auch von Gerichtswegen eine solche Ueberlassung angeordnet. Das versezzen auf zwei oder drei Jahre (Grimm Weisth. III. S. 331, 338) ist wohl dasselbe, wie die in spätern Quellen vorkommende Ausheuerung oder Aeußerung, Strube Bed. IV. no. 152, Pfeiffer S. 364, 369 f., 562 ff. Es ist dies ein derjenigen Form der alten Satzung analoges Geschäft, bei welcher die Schuld durch die Nutzung getilgt wird; vgl. auch Grimm III. S. 246. § 13—15.

[50]) Steinacker S. 489, Preuß. Ldr. I. 21. § 225.

[51]) Preuß. Ldr. I. 21. § 226 vgl. mit § 82 ff.

[52]) Pfeiffer S. 128 f., Grefe II. S. 196 f., Busch S. 40 ff. — Bisweilen wird unterschieden, je nachdem der Bauer das dominium utile hat oder

7. Abgesehen von den allgemeinen Gründen, wie Aussterben der Familie des Colonus, Veräußerung, Untergang des Guts u. s. w. hört das Colonatrecht für den Bauern auf:

a) durch seinen Verzicht auf das Gut. Er darf das Verhältniß dem Herrn kündigen[53]), aber nicht willkürlich das Gut derelinquiren; partikularrechtlich darf er das Gut nur aufgeben, wenn er zutreffende Gründe anführen[54]) oder dem Gutsherrn einen annehmbaren Meier präsentiren kann. Der Gesichtspunkt älterer Zeit, daß der Bauer sich nicht einseitig seinen Verpflichtungen entziehen dürfe, trifft heute nicht mehr zu, wo die reale Seite des Verhältnisses überwiegt[55]);

b) durch Entsetzung, Abmeierung des Bauern aus gesetzlich anerkannten Gründen[56]). In älterer Zeit durfte der Herr eigenmächtig oder durch ein Erkenntniß seines Hofgerichts den Colon entsetzen[57]), in neuerer Zeit erfolgt die Abmeierung im gewöhnlichen

---

nicht. In jenem Fall sei er selbständig berechtigt; der Gutsherr könne, wenn er vom Prozeß benachrichtigt ist, interveniren, aber nicht die Entscheidung gegen den Colonus anfechten, wenn er keine Kenntniß vom Prozeß hatte. Wo aber der Bauer nur ein jus in re aliena habe, könne er selbständig possessorisch klagen, bedürfe aber zu petitorischen Klagen der Einwilligung des Gutsherrn, welcher, wenn er nicht zugezogen sei, das Urtheil anfechten dürfe, Bülow und Hagemann IV. no. 13.

Uebrigens waren bäuerliche Streitigkeiten in manchen Ländern der Administrativjustiz unterworfen und wurden auch in höherer Instanz von den höheren Verwaltungsstellen entschieden, Pfeiffer S. 375 ff., 521 ff., Grefe II. S. 260 ff.

53) z. B. Frankf. Ref. II. 15. § 15. — Die Weisthümer enthalten unendlich oft den Satz, daß der Bauer abziehen dürfe, vgl. z. B. die Zusammenstellungen bei Grimm Rechtsalterth. S. 346 ff., Gierke Genossenschaftsrecht II. S. 285 N. 85. Wo er persönlich nicht frei war, stand ihm dies Recht nicht ohne weiteres zu. — Strube Bedenken II. no. 144, Bülow und Hagemann IV. no. 82, Pfeiffer S. 129 ff., Grefe II. S. 232. — Nach Preuß. Ldr. I. 18. § 806, 808 brauchte der Erbzinsherr die Entsagung nicht anzunehmen.

54) z. B. Deterioration des Guts ohne seine Schuld, übermäßige Beschwerung desselben mit Diensten und Lasten, Unfähigkeit es weiter zu bewirthschaften, Kraut § 256. no. 30.

55) Beseler § 185 N. 23.

56) Steinacker S. 507 ff., Pfeiffer S. 359 ff.

57) z. B. Urk. v. 1348 (Mone Zeitschr. f. Gesch. des Oberrheins VI.

Gerichtsverfahren. Gründe zur Abmeierung sind: unerlaubte Veräußerung des Guts, Unterlassung der Erneuerung des Verhältnisses bei den sie fordernden Gelegenheiten[58]), Deteriorationen und überhaupt schlechte Wirthschaft[59]), ganz besonders aber Nichtabführung der Zinspräſtationen längere Zeit (drei Jahre) hindurch[60]). Der

---

S. 352): der Herr dürfe das Gut aus gewissen Gründen einziehen cum judicio vel sine judicio.

[58]) z. B. Steinacker S. 509 N. 7.

[59]) z. B. Nürnb. Ref. XXIII. 14, Pr. Ldr. I. 18. § 794—798, Grefe S. 233 ff. — Bei Confiskation des Vermögens des Bauern fällt sein Gut an den Zinsherrn, Pr. Ldr. I. 18. § 799.

[60]) Bei einjährigem Rückstande in Folge besonderer Verabredung, Urk. v. 1348 bei Mone Ztschr. VI. S. 352 und als hofrechtliche Bestimmung bei Grimm Weisth. I. S. 586, 790 f. Bei Verzögerung in der Zinszahlung sofortiger Rückfall, Urk. v. 1181 bei Beyer Urk. B. II. no. 49; für die sog. Schillingsgüter vgl. Grimm Rechtsalterth. S. 391. — Mit Unrecht nimmt v. Meibom Pfandrecht S. 224 ff. als Regel an, daß einjähriger Rückstand genügte und nur ausnahmsweise eine fortgesetzte mora erfordert werde. — Bei dreijährigem Rückstande (resp. im Anschluß an das Röm. Recht zweijährigem für kirchliche Güter): Grimm Weisth. I. 33, 149, 151, 276, 392, V. 78. § 10, 91. § 15, 300. § 3, Weisth. v. 1588 bei Struben Bed. V. 245 (zunächst wird das Gut in Kummer geschlagen, bei dritter Versäumniß verfällt es dem Herrn), Stellen bei v. Meibom S. 224 N. 125, Wormser Ref. V. 2. t. 2. fol. 106[a], Const. Sax. II. 38 (Emminghaus S. 494. no. 10. I, II), Frankf. Ref. II. 15. § 14, Wildenbr. Landr. II. 7. § 6. — Preuß. Ldr. I. 18. § 772 ff.: bei Erbzinsgütern; I. 21. § 204: bei Erbpachtgütern berechtigt die Nichtzahlung des Zinses bis zum Eintritt des zweiten Jahres den Erbverpächter, die Sequestration des Guts zu beantragen. — Ebenso verschiedene Behandlung des Erbzinsrechts und Erbpachtrechts im Oestr. GB. § 1135, 1136. — Steinacker S. 481, 508 N. 2 u. 3, Pfeiffer S. 155 f., 371, Grefe II. S. 232, Sickel Vertragsbruch S. 52 ff., 54 f.

Nach manchen Rechten genügte nicht der einfache Rückstand, sondern muß der Herr 3 Jahre hinter einander vergeblich wegen des Zinses gepfändet oder den Colonen 3 Jahre hindurch gerichtlich gemahnt haben, Grimm Weisth. I. S. 392, Brünner Recht (Rößler S. 404) § 236, Iglauer R. § 54 (Tomaschek Oberhof S. 68), Grimm Weisth. I. S. 392, Nürnb. Ref. v. 1564. XXIII. 9. § 5, Baden'sches GB. art. 1831[bk]. — Ebenso soll nach Pfeiffer Meierrecht S. 155, 371 u. prakt. Ausführ. V. S. 58 ff. die Abmeierung nur bei vorsätzlicher oder unverantwortlicher Nichtleistung eintreten. — Dagegen nach d. Frankf. Ref. u. dem Wildenbr. Ldr. a. a. O. auch wenn der Bauer unvermahnt den Zins nicht brachte.

eigne Wunsch des Herrn, das Gut zu seinem Vortheil zu bewirthschaften, berechtigt ihn nicht zur Abmeierung[61]).

Wird das Gut aus solchen Gründen eingezogen und an einen andern Colon verkauft, so ist partikularrechtlich der nach Deckung der Forderungen des Herrn übrig bleibende Kaufpreis dem alten Colonus herauszuzahlen[62]).

Nach älterm Recht durften ebenso wie bei Lehen die Erben des Meiers, welcher die Abmeierung verschuldet hatte, eine neue Verleihung (innerhalb Jahr und Tag) fordern[63]); nach neuerem Recht tritt dagegen ein definitiver Verlust „für Weib und Kinder" und auch für die Seitenverwandten ein[64]).

8. Wenn das Gut dem Herrn heimfällt oder der Erbe des Colonus nicht in das gesammte übrige Vermögen desselben, das sog. Allod, erbt oder aus sonstigen Gründen das Bauergut vom Allod zu trennen ist, treten für diese Sonderung und den Ersatz von Meliorationen oder Deteriorationen ähnliche Grundsätze wie bei der separatio feudi ab allodio (vgl. oben § 127) ein. Derjenige Theil des Allods, welcher wegen faktischer oder juristischer Zugehörigkeit zum Colonat die rechtlichen Schicksale desselben theilt, mit Bezug auf welchen aber möglicherweise der Besitzer oder Erwerber des Allodialvermögens einen Ersatzanspruch hat, wird als allodium cum villa conjunctum dem allodium cum villa non conjunctum entgegengestellt[65]).

---

[61]) Steinacker S. 510, Pfeiffer S. 166 ff.

[62]) Nürnb. Ref. XXIII. Ges. 14.

[63]) Grimm Weisth. VI. 542. § 8, 606. § 9, Trierer Lbr. XX. § 43.

[64]) Grefe II. S. 238. In Betreff der Seitenverwandten besteht keine gleichmäßige Praxis, indem ihnen bisweilen die successio ex pacto et providentia majorum zugeschrieben wird; vgl. Bülow u. Hagemann IV. no. 10, Pfeiffer S. 372, 374 vgl. mit S. 366; auch der Frau geht das Gut verloren, wenn sie es dem abgemeierten Bauer in die Ehe zugebracht hat, Hagemann Erörter. VII. no. 40.

[65]) Ueber diese beiden Klassen von Gegenständen Bülow u. Hagemann I. no. 36; ein Verzeichniß der zum Grundstück gehörigen Pertinenzen in der Hannov. BO. v. 1828 bei Runde Interimswirthschaft S. 277 ff.; im allgemeinen Pfeiffer S. 72 ff., Frank S. 57 ff., Preuß S. 42 ff. Oefter präsumirte man für die Zugehörigkeit, vgl. Pfeiffer S. 73 f., 326 f. — Vgl. auch oben I. § 65 N. 17.

Hervorzuheben ist:

1. bei eigenbehörigen Gütern galt vielfach der Grundsatz, daß was von Land der Bauer hinzukauft und nicht bei seinen Lebzeiten wieder veräußert, zum untrennbaren Bestandtheil des Guts geworden ist[66];

2. die auf dem Bauergut aufgeführten Gebäude gehören zu demselben. Wenn sich hie und da gegen die allgemeinen Grundsätze der Satz findet, daß die vom Bauern errichteten Gebäude zum Allod zu zählen sind und nicht dem Gutsherrn, sondern dem Bauern gehören[67], so soll damit nur gesagt sein, daß der Erwerber des Bauerguts dem Allodialvermögen Ersatz für die auf den Bau gemachten Verwendungen zu leisten hat[68].

§ 133. Nicht-erbliche Nutzungsrechte der Bauern.

An manchen Bauergütern hatte der Colonus ein dingliches, aber kein festes, vererbliches Recht, während im übrigen die Regeln des Colonats zur Anwendung kamen. Zu ihnen gehören nicht diejenigen Güter, welche dem Bauern nur auf Lebenszeit oder auf bestimmte Jahre geliehen wurden, bei welchen aber unbestritten der Erbe resp. der Colon selbst gegen Zahlung des Laudemiums eine neue Verleihung fordern durfte: hier war die Nicht-Erblichkeit nur eine scheinbare[1]. Dagegen finden sich solche nicht-erbliche Colonate

---

[66]) Grimm Weisth. III. S. 151. § 47, Grefe I. S. 346, Pfeiffer S. 74 f., Meyer Lipp. Colonat II. S. 13, 19, 29 (no. 3, 4, 7).

[67]) Vgl. Pufendorf obs. IV. 179. § 11, II. 97. § 1, Steinacker S. 489 N. 6, 496 ff., Pfeiffer S. 75 f., 411 f.; vgl. auch oben II. § 79 N. 3.

[68]) In Betreff der Schleswig-Holstein'schen Festegüter Falck V. S. 223; über das Recht auf Ersatz Pr. Ldr. I. 18. § 791, Seuffert XXVIII. no. 44. — Kein Ersatz soll stattfinden, wenn der Bauer wegen rückständigen Zinses abgemeiert wird, Frankf. Ref. II. 15. § 14, Wildenbr. Ldr. II. 7. § 6, Grimm IV. S. 532. § 2. — Nach der Frankf. Ref. II. 15. § 16 besteht beim Rückfall in Bezug auf die Besserungen nicht einmal das jus tollendi.

[1]) Vgl. § 132 N. 16; Kraut § 259. no. 5, 264. no. 11, Thomas I. S. 191 ff., Wigand Paderborn I. S. 110 f., v. Gerber § 140 N. 8. — Es ist neuerdings bestritten, ob die Holstein'schen sog. Zeitpachtbauern wirklich bloße Pächter oder ob sie Colonen mit festem Recht seien; für die erste Meinung entgegengesetzt den im Preuß. Landtage ausgesprochenen Ansichten erklärt sich O. Mejer über die rechtliche Natur der schlesw. holstein'schen Zeitpacht. Rostock

in verschiedenen Theilen Deutschlands[2]); so in Hessen die Landsiedelleihegüter[3]); in den Leihebriefen pflegt bestimmt zu sein, daß die Leihe verlängert werden soll, wenn der Herr das Gut nicht selbst in Bau nehmen will. Der Herr kann also kündigen, muß dann aber dem Bauern die Meliorationen ersetzen[4]). Ferner die Würtembergischen Falllehen oder Schupflehen, welche ursprünglich auf das Leben des Bauern und seiner Frau verliehen, aber in diesem Jahrhundert zu vererblichen Gütern[5]) wurden, die Baden'schen auf Lebenszeit verliehenen Schupflehen (Tod-

1874. Derartige Güter nähern sich dadurch den erblichen, daß es in den Contraktsbedingungen zu heißen pflegt, der bisherige Pächter solle bei Wiederverpachtung der Hufe, falls er sich in aller Hinsicht wie ein rechtschaffener Gutsbewohner und Pächter gehalten hat, den Vorzug vor allen andern haben (Mejer S. 62). Soweit sich das Verhältniß aus den Mejer'schen Mittheilungen erkennen läßt, bestand kein erbliches Anrecht.

[2]) Solche Güter führen auf Runde § 524, Eichhorn § 261, v. Gerber § 142 N. 4—11.

[3]) Fichard consilia I. no. 23, der Verfasser der Solmser Landes O., in welcher II. tit. 7 die Grundsätze über die Landsiedelleihe angegeben werden; Lennep's Schrift vgl. oben S. 500; Sternberg über die Entwickelung der bäuerlichen Standes- und Güterverhältnisse mit besonderer Rücksicht auf die oberhessische Landsiedelleihe, in d. Ztschr. f. deutsch. R. VIII. S. 93 ff. (er erklärt sich — m. E. mit Unrecht — gegen das gutsherrliche Einziehungsrecht, wo nicht ein besonderer derartiger Vorbehalt gemacht sei), Thudichum Gesch. des freien Gerichts Kaichen 1858. S. 39 ff. — Vgl. auch Seuffert XVIII. no. 291.

[4]) Altenhaslauer Weisth. bei Grimm III. S. 414 (vgl. auch V. S. 731): Wer da landsiedelgut in dem gerichte hat, dass der den landsiedel nicht vertreiben soll um höhern pfacht willen, oder umb lieber landsiedels willen, er wolle den lieber sein gut selbsten nutzen und bauen, so soll er es ihme lassen verkünden drey tag und sechs wochen vor st. Peters tage ..; wenn dem landsiedel die ufkündigung also geschiehet, so sollen dann die nachbahrn oben und unten die sichs verstehen und die besserung wissen, die er ahn das gut geleit hat, und soll beede pitten und ersuchen ohne gefährde, dass sie es schätzen, als sie es geben und nehmen wolten ohne argelist, das soll er dann dem landsiedel geben .... vor seine besserung. — Solmser L. O. II. 7. § 2, 12, 13: der Herr kann das Gut, wenn er es begehrt, an sich nehmen, selbst wenn er es dem Bauern und seinen Erben geliehen hat; § 3, 19, 43: er kann das Gut auch in der Weise verkaufen, daß der Bauer abziehen muß; § 9: dagegen darf er ihn nicht entsetzen, um von einem andern Bauern einen höheren Zins zu erhalten.

[5]) v. Wächter I. 164, 997.

bestand)[6]), die baierischen Leibgedinge[7]), die lassitischen Güter des Preußischen Landrechts[8]), welches sie im Gegensatz gegen Zins-, Erbzins-, Pacht- und Erbpachtgüter als „zur Kultur ausgesetzte Güter" bezeichnet; bei bloß mündlichem Vertrage soll das Verhältniß nur auf ein Jahr gelten, bei schriftlichem sich das Recht nur auf die Descendenz vererben. Die sächsischen Laßgüter[9]), welche der Eigenthümer auf unbestimmte Zeit verleiht und nach Willkür wieder einziehen kann u. s. w.[10]).

Da die Verhältnisse hier durchaus partikulärer Natur sind, lassen sich allgemeine Regeln nicht aufstellen. Auch haben diese verschiedenen Güter in neuester Zeit großentheils ihre Besonderheiten verloren; sie wurden fest vererblich und es ist auch mit Bezug auf sie die Aufhebung der gutsherrlichen Rechte eingetreten[11]).

§ 134. Das Eigenthum an Bauergütern.

Zu jeder Zeit hat es Bauergüter gegeben, an denen der Bauer das Eigenthum hatte; gegenwärtig bilden sie in Deutschland die Regel. Güter, die schon im Mittelalter im Eigenthum des Bauern standen, waren regelmäßig der Vogtei unterworfen und mit mannigfachen Reallasten belegt[1]). An manchen Gütern hatte ursprünglich der Bauer nur ein Colonatrecht besessen, aber er hatte schon in alter Zeit die Gutsherrschaft abgelöst, bei der Ablösung jedoch besondere Zinsen (sog. census reservativus) als Reallast übernehmen müssen[2]).

---

[6]) Baden'sches GB. art. 1831^aa ff.

[7]) Kraut § 260. no. 5.

[8]) Preuß. Landr. I. 21. § 626 ff.

[9]) Haubold § 460; vgl. auch Schletter kursächs. Constitt. S. 239. — Der Ausdruck stimmt nicht zum Sachsenspiegel, da dieser Laten unfreie Bauern nennt und jene Güter von freien Bauern besessen wurden.

[10]) Vgl. über den Wendisch-Rügianischen Landgebrauch Homeyer Sachsenspiegel II. 2. S. 527.

[11]) Vgl. z. B. N. 5 und über die Preuß. lassitischen Güter das Preuß. Ges. v. 2. März 1850. § 74 ff., 84 ff.

[1]) Dahin gehören die im Sachsenspiegel erwähnten Güter der Pfleghaften und Biergelden.

[2]) Vgl. z. B. Preuß. Ldr. I. 18. § 815. — Dahin gehören in Preußen,

Jetzt sind die meisten Colonatgüter in Eigenthum verwandelt und die Reallasten abgelöst oder für ablösbar erklärt.

Auch für die im Eigenthum des Bauern stehenden Güter gelten oder galten analog dem Colonatsverhältniß manche Sätze, welche den Bauer theils in staatswirthschaftlichem, theils im Interesse des Zinsherrn beschränken: bei Veräußerungen wird die Genehmigung des Zinsherrn erfordert, um es überwachen zu können, daß das Gut nur an eine persona habilis gelangt[3]); Parzellirungen sollen entweder gar nicht oder nur mit obrigkeitlicher Genehmigung erfolgen[4]); Dienstbarkeiten, Schulden oder Hypotheken nur mit herrschaftlicher Zustimmung auf das Gut gelegt werden[5]); der Bauer ist in der Bewirthschaftung des Guts, besonders was Waldungen angeht, beschränkt[6]) u. s. w.[7]). Auch kommt es vor, daß selbst zu Eigenthum besessene Bauergüter (schlechte oder schlichte Zinsgüter) bei Veränderungen in der Person des Besitzers geliehen wurden und der neue Bauer ein Laudemium zu zahlen hatte[8]).

Dagegen besteht der bedeutsame Unterschied, daß bloß zu dinglichem Recht besessene Güter wegen Zinsrückständen eingezogen werden können, wogegen bei Bauergütern im Eigenthum es deswegen nur

---

Sachsen und in Würtemberg die Zinsgüter oder schlechten Zinsgüter im Gegensatz der Erbzinsgüter (Preuß. Ldr. I. 18. § 813 ff., Haubold § 459, Reyscher I. § 139 N. 5), die Holstein'schen Bondegüter (Falck V. S. 196). Andere Beispiele bei Runde § 523, Eichhorn § 257. N. a, d. — In Würtemberg wurde im 16. Jahrh. die Auflage eines solchen Zinses statt des Kaufpreises verboten, v. Wächter I. S. 109, 166 f., 474 f.

[3]) z. B. Preuß. Ldr. II. 7. § 247, 259, 260.

[4]) z. B. Preuß. Ldr. II. 7. § 247. — Noch das Schaumburg-Lippe'sche Gesetz v. 11. Apr. 1870. § 2, 4 ff. fordert obrigkeitliche Genehmigung für die Theilung oder die Abtrennung einzelner Parzellen.

[5]) Pr. Ldr. II. 7. § 248—255; bei unkonsentirten Schulden haftet nur das Allodialvermögen des Bauern, § 256, 257. — Beschränkungen in der Verpfändung, Haubold 259 N. f.

[6]) Oben § 84 N. 21 ff.

[7]) Weitere Beschränkungen zu Gunsten der Vogtherrschaft Pr. Ldr. II. 7. § 287 ff. — Geringere Schranken nach dem Würtemb. R. des 18. Jahrh., v. Wächter I. S. 474.

[8]) In Sachsen (Const. Sax. II. 39), Preußen (Landr. I. 18. § 816), im Reußischen (Semmel Lehen giebt kein Eigenthum 1857. S. 10).

zum gewöhnlichen Exekutionsverfahren kommt, welches schließlich zum Verkauf des Guts führen kann[9]).

Die Besonderheiten des bäuerlichen Besitzes sind in der neueren Zeit großentheils gefallen[10]); nach Aufhebung der Reallasten haben dritte Personen kein Interesse an der weitern Aufrechterhaltung der Schranken und andererseits wurde dem Eigenthümer auch von Staats wegen die freie Disposition über sein Gut gegeben. So weit noch ein jus speciale in erbrechtlicher Beziehung besteht, wird davon im Erbrecht gehandelt werden.

§ 135. Die Interimswirthschaft[1]).

Provinziell kommt an Bauerngütern auch ein zeitlich beschränktes Colonatrecht vor, eine Interimswirthschaft. Wenn der Bauerguts-

[9]) Const. Sax. II. 39, Preuß. Ldr. I. 18. § 818. — Beim Zweifel, ob der Bauer Eigenthum oder dingliches Recht hat, wird partikularrechtlich für Eigenthum präsumirt, Const. Sax. II. 39. — Nach dem Baden'schen Ldr. 577[ab] ist getheiltes Eigenthum nur anzunehmen, wenn der neue Besitzer ein Laudemium zu zahlen hat (vgl. aber auch N. 8). — Ueber die Kriterien des Eigenthums vgl. v. Gerber § 80, welchem aber nicht darin beizustimmen ist, daß die Vererbung auf Seitenverwandte und freie Dispositionsakte für Eigenthum sprechen; denn beides kommt auch bei Colonaten vor. Wohl aber ist für den Beweis des Eigenthums das negative Kriterium zu benutzen, daß „keine Kaducitätsfälle und Verleihungsbriefe vorliegen"; freilich giebt es auch Colonate, bei welchen keine Meierbriefe ausgestellt werden, Pfeiffer S. 417.

[10]) Auch in solchen Provinzen, in welchen sich am längsten ein besonderes Bauernrecht erhielt. So hebt die Hyp. O. f. Hannover v. 28. Mai 1873 auf: „die bestehenden Rechtsnormen, nach welchen die Theilung eines Bauernhofes, die Veräußerung einzelner Theile desselben, die Vereinigung eines Bauernhofes mit andern Grundstücken . . verboten oder an die Genehmigung einer Regiminal- oder Gerichtsbehörde gebunden sind." Und das Preuß. Ges., betreffend das Höferecht in Hannover vom 2. Juni 1874, welches das Anerbenrecht und sonstige bäuerliche Institute konservirt, hebt § 1 alle Beschränkungen auf, unter Lebenden oder von Todes wegen über den Hof oder einzelne Theile desselben zu verfügen.

[1]) Runde Abhandlung der Rechtslehre von der Interimswirthschaft auf deutschen Bauergütern. 2. Ausg. Gött. 1832. — Beseler § 189, v. Gerber § 141, Walter § 524—627, Gengler Lehrb. S. 1409—1418, Privatr. (3. Aufl.) § 105. — Pfeiffer Meierrecht S. 332 ff., auch S. 302 ff., 507 ff. — Grefe I. S. 347 f., II. S. 227—229, Busch S. 154—165, Riemeyer S. 187—202, Magaz. f. Hannov. R. VI. S. 232—241, Seuffert XXXIII. no. 321. —

besitzer mit Hinterlassung eines minderjährigen Anerben verstirbt oder wegen Schwäche oder Alter vom Gut abtritt, würden durch Verpachtung des Guts während der Minderjährigkeit des Anerben oder durch vormundschaftliche Verwaltung die Interessen des Gutsherrn, Anerben und der sonstigen Familie leicht nicht vollkommen befriedigt werden[2]). Es wird daher in einzelnen Gegenden Deutschlands[3]) nach altem Gebrauch[4]) vom Gutsherrn das Gut einem sog. In-

Steinacker § 247. — v. Stemann Schlesw. Rechtsgesch. II. S. 393 f., Paulsen § 176, Seuffert XXXIII. no. 320. — Heise u. Cropp Abhandlungen II. no. 3. — Vgl. auch Neubauer Zusammenstellungen S. 29 f., S. 34 über Oldenburg und Waldeck. — Ueber die Quellen, welche von diesem Institut handeln, Runde S. 44 ff.; er druckt S. 233 ff. eine große Zahl derselben ab. — Sehr eingehend ist das Recht des Interimswirths durch das Schaumburg-Lippe'sche Gesetz v. 11. Apr. 1870. § 91—109 geregelt.

[2]) In Schlesien wurde das Bauergut für die Zeit der Unmündigkeit des Anerben verkauft und dabei verabredet, daß der Anerbe bei erreichter Mündigkeit es zurückkaufen könne; vgl. die Urkk. d. J. 1615, 1725, 1726 im Cod. dipl. Silesiae. IV. p. 230, 234, 289, 290. — Nach einem westphäl. Weisth. des 16. Jahrh. (Grimm III. S. 52) soll es auf bestimmte Jahre verpachtet werden.

[3]) Besonders in den niedersächsischen Gegenden. In Mecklenburg wurde die Interimswirthschaft durch die bei Runde S. 308 ff. abgedruckten Gesetze in der Anwendung eingeschränkt (vgl. auch Böhlau in s. Ztschr. X. S. 424 und Meckl. Priv. R. II. S. 280 f.); in der Grafschaft Schaumburg sollte nach einer Verordnung von 1732 sie nicht mehr vorkommen, hat sich aber doch noch durch Herkommen erhalten, Pfeiffer Meierrecht S. 508; im übrigen Hessen ist sie nur sporadisch in Gebrauch, Pfeiffer Prakt. Ausführ. IV. S. 188 f. — In Oestreich ist sie 1787 ganz aufgehoben, Runde S. 54 f., Unger Oesterr. Erbr. § 44[a] N. 9. — In Süddeutschland hat sie keine weite Verbreitung gehabt, Runde S. 56 und kommt in Baiern, Würtemberg und Baden nicht vor, Mittermaier § 499 N. 2. — Seit Aufhebung der Gutsherrlichkeit verliert sie immer mehr an Boden.

[4]) Die älteste Quelle, welche Runde (S. 273 ff.) mittheilt, ist ein Weisthum von Sandtwell im Münster'schen v. J. 1560. Noch früher finde ich das Institut in einem Weisth. von Eikel bei Limburg gegen das J. 1500 (Grimm III. S. 64. § 23, S. 66. § 36), wonach bei Abwesenheit des Anerben außer Landes der Gutsherr oder die Obrigkeit einen Wirth bestellt, welcher bis zu seiner Rückkehr das Gut bewirthschaftet; ferner Oeffnung zu Andelfingen (Grimm I. S. 100): wenn der Anerbe noch nicht fähig zur Bewirthschaftung ist, soll man bis dahin auf das Gut einen seiner Verwandten setzen; vgl. übrigens auch Wormser Dienstr. v. 1024. c. 2 a. E. (Grimm Weisth. I. S. 805).

Wie alt das Institut ist und bis zu welchen Zeiten seine Entstehung zurückreicht, läßt sich nicht mit Sicherheit angeben. Da die durchaus parallel

terimswirth[5]) sei es für die Zeit der Unmündigkeit des Anerben, sei es für eine sonst fest bestimmte Zahl von Jahren[6]) (Maljahre[7])) zu wesentlich demselben Recht übertragen, wie es ein erblicher Colonus hat[8]). Diese Interimswirthschaft findet regelmäßig nur bei den im gutsherrlichen Verbande stehenden Gütern statt[9]) und wird von dem Gutsherrn angeordnet; doch ist sie auch bei den im Eigenthum des Bauern stehenden Gütern, besonders in neueren Gesetzen, für zulässig erklärt worden und wird dann von dem Vormunde des Anerben begründet[10]).

---

gehende lehnrechtliche Verleihung des anevelle während der Unmündigkeit des Vasallen (vgl. oben § 119 N. 37 ff.) in fester Ausbildung bereits dem Sächs. Lehnrecht angehört, ist wahrscheinlich auch die Interimswirthschaft viel älter, als es nach den Quellen scheint, in denen sie erwähnt wird. — Beachtenswerth ist andererseits, daß der gebräuchlichste Name für das Verhältniß nicht deutsch ist.

[5]) Andere Namen sind: Satzungsmann, Setzungsmann, Setzwirth, Gewährsmann.

[6]) Nach manchen Gesetzen für die Jahre der Unmündigkeit, nach andern darüber hinaus bis zum 28., 30. Jahre des Anerben u. s. w., Runde S. 220 f. — Nach manchen Gesetzen wird, wenn der Anerbe weiblichen Geschlechts ist, der Termin kürzer gesteckt, in Rücksicht darauf, daß die Erbtochter durch Verheirathung dem Gut einen tüchtigen Colon zuführen kann; z. B. VO. f. Waldeck v. 1830 (Weigel S. 56): daß für den männlichen Anerben die Interimswirthschaft nicht über das 25., für den weiblichen nicht über das 21. Jahr währen soll.

[7]) Maljahre ist m. E. nicht mit Runde S. 35 f. herzuleiten von mal in zeitlicher Bedeutung (einmal, zweimal u. s. w.), so daß es „gewisse bestimmte Jahre" bezeichnet, sondern von mal = Zins (davon auch malman). Maljahre sind so Zinsjahre, vielleicht im Gegensatz gegen die zinsfreien Jahre, welche der Interimswirth auf der Leibzucht zubringt; so heißt es auch in einem Münster'schen Weisth. (Grimm III. S. 129): versetten, bei jarmalen ausdoen, verpechten oder .. erflich verkaufen. — Andere Namen sind Regierjahre, Setzjahre, Meierjahre, z. B. Pfeiffer S. 333 N. b, Stemann II. S. 393.

[8]) Ueber die Frage, ob der Interimswirth bei der Einsetzung auch ein Laudemium zu zahlen hat vgl. z. B. Pufendorf IV. no. 181. § 3, Runde § 81 ff., Pfeiffer S. 344 f.

[9]) Runde S. 32 f.

[10]) z. B. Lippe'sches Ges. v. 11. Apr. 1870. § 91: durch einen Vertrag der gesetzlichen Vertreter des Hofserben mit der Wittwe des Hofseigenthümers und ihrem aufheirathenden Mann als Interimswirth; Preuß. Ges. f. Hannover v. 28. Mai 1873. § 8; vgl. auch Meckl.-Schwer. VO. v. 24. Juni 1869 § 10.

Der gewöhnlichste, aber nicht einzige Fall[11]) der Interimswirthschaft ist der, daß nach dem Tode des Bauern dem zweiten Manne seiner Wittwe nicht bloß die ihm in Folge seiner Aufheirathung gesetzlich zustehenden Rechte an ihrem Vermögen auch mit Bezug auf das Bauergut zufallen[12]), sondern die Rechte eines Colonus durch ein besonderes Rechtsgeschäft übertragen werden. Nach vielen Rechten hat die Wittwe das Recht, den Hof ihrem zweiten Gatten zuzubringen und darf der Gutsherr, Vormund oder die Obrigkeit nur widersprechen, wenn gegen die Wirthschaftstüchtigkeit desselben Einwendungen zu machen sind[12a]).

Der Interimswirth ist ein auf eine bestimmte Zeit beschränkter Colonus, welcher das Gut auch nach außen hin[13]) in der Gemeinde und bei Prozessen vertritt und nicht wie ein Vormund oder Verwalter im Interesse des Anerben oder des Gutsherrn, sondern in eignem Interesse bewirthschaftet[14]). Dagegen ist er regelmäßig nicht zugleich

— Daher stellen wir auch die Lehre von der Interimswirthschaft nicht unmittelbar zu der von den im erblichen Besitz des Bauern stehenden Gütern, sondern behandeln sie als allgemeines Institut des Bauernrechts.

[11]) Vgl. Runde S. 91 f., daß die Interimswirthschaft auch vorkommt, wenn während der Minderjährigkeit des Anerben der bisherige Bauer wirthschaftsunfähig geworden ist, beide Eltern gestorben sind, der bisherige Interimswirth abgegangen ist u. s. w.

[12]) In Partikularrechten, z. B. der Osnabr. VO. v. 1709 (Runde S. 240 f.) findet sich der Satz, daß wenn auch nach dem ehelichen Güterrecht gemäß dem Prinzip: „längst Leib längst Gut" die Wittwe den Hof ihr Leben lang benützen könnte, bei ihrer zweiten Verheirathung sie und ihr Gatte ihn nur die Maljahre hindurch behalten sollen.

[12a]) z. B. Niemeyer S. 187 f.

[13]) Preuß. Landgemeinde-O. für die östl. Provinzen v. 14. Apr. 1856. § 6: minderjährige Grundbesitzer werden in ihrem Stimmrecht in der Gemeindeversammlung vertreten durch ihren Vater, Vormund oder Stiefvater, — durch letzteren, wenn er das zum Stimmrecht befähigende Grundstück bewirthschaftet; in s. Instruktion v. 14. Juli 1856. art. 5 empfiehlt der Minister diese Bestimmung „der besondern Aufmerksamkeit im Interesse des bekannten Verhältnisses der sog. Interimswirthschaft."

[14]) Vgl. auch Seuffert XXXIII. no. 320. — Ueber die früheren Versuche der Theorie, sein Recht als tutela fructuaria oder besonderen deutschrechtlichen ususfructus darzustellen (für das letztere auch Pufendorf obs. I. no. 47. § 5) vgl. Runde S. 60 ff., 65 ff. — Von der Vormundschaft unterscheidet es sich auch dadurch, daß es sich nur auf das Colonat, nicht auf das übrige Vermögen

Vormund des Anerben, sondern wird ein solcher für den Anerben noch besonders bestellt, um dessen Interesse auch dem Interimswirth gegenüber wahrzunehmen[15]).

Rechte und Pflichten des Interimswirths unterscheiden sich von denen des gewöhnlichen Colonus nur in der Hinsicht, daß sein Recht zeitlich begrenzt und seine Dispositionsbefugniß durch die Verpflichtung beschränkt ist, das Gut später in unverschlechtertem Zustande dem Anerben auszuliefern. Er soll es als diligens paterfamilias bewirthschaften, darf es nur bei unumgänglicher Nothwendigkeit veräußern, mit Reallasten, Servituten, Hypotheken belasten[16]) u. s. w. Die von ihm nothwendigerweise oder zur Verbesserung des Guts kontrahirten Schulden muß später der Anerbe anerkennen[17]). Für Deteriorationen und für durch das Bedürfniß einer ordentlichen Wirthschaft nicht gerechtfertigte Schulden bleibt der Interimswirth persönlich verhaftet; unbefugte Veräußerungen können vom Anerben und seinen Vormündern revocirt werden, in welchem Falle der Interimswirth den dritten Erwerber zu entschädigen hat.

---

und die Person des Anerben erstreckt und nicht im speziellen Interesse des Anerben ausgeübt wird; eine wesentliche Verschiedenheit ergiebt sich auch in Bezug auf die Beendigung des Rechts. — Runde S. 61 ff. schreibt dem Interimswirth das interimistische Eigenthum im Gegensatz gegen das ruhende des Anerben zu; der Ausdruck ist nicht zutreffend, weil die Interimswirthschaft hauptsächlich bei Gütern vorkommt, welche im Eigenthum des Gutsherrn stehen. — Bluntschli § 206 modifizirt den Ausdruck und sagt: lebendiges Meierrecht im Gegensatz des ruhenden. — Steinacker § 247 N. 3 nimmt eine persönliche Dienstbarkeit an fremder Sache an. — Auch v. Gerber's Ausdruck (§ 141): „ein auf bestimmte Zeit gewählter Vertreter des Anerben im Colonate mit selbständiger Berechtigung" ist nicht zutreffend; er ist kein Vertreter des Anerben; sein Recht nimmt nicht unbedingt mit dem Tode des Anerben ein Ende. — Vgl. übrigens auch oben § 71 N. 11.

[15]) Vgl. N. 14. Wo gar kein oder nur wenig Allodialvermögen neben dem Colonat vorhanden ist, kommt es auch vor, daß der J. W. zum Vormund bestellt wird.

[16]) So weit der Colon dazu der Genehmigung des Gutsherrn bedarf, ist sie auch für den J. W. natürlich erforderlich. — Zweckmäßig schreibt z. B. die Bremer Handfesten-O. v. 1860. § 8 m vor, daß zu Veräußerungen und Verpfändungen es der Genehmigung des Anerben, resp. bei seiner Minderjährigkeit der seines Vormunds bedarf. — Vgl. auch Runde S. 131 ff.

[17]) In dieser Rücksicht treten gleiche Grundsätze wie bei Lehn- und Fideikommißschulden ein.

Der Interimswirth hat die Abgaben und die sonst auf dem Hof lastenden Zahlungen[18]) und Dienste zu leisten und überdies den Anerben und die übrigen auf dem Hof gebornen Kinder zu unterhalten[19]) und ihnen die Abfindungen zur Zeit ihrer Fälligkeit zu entrichten[20]). Dafür kann er seinerseits von ihnen solche Dienstleistungen verlangen, wie sie dem Colonus seine Kinder oder Geschwister ohne Vergütung zu leisten haben[21]).

Regelmäßig ist der Interimswirth auch verpflichtet, beim Antritt der Wirthschaft eigenes Vermögen in den Hof zu inferiren und in demselben nach Beendigung seines Rechts zu lassen[22]). Für Meliorationen des Guts aus den Illaten oder den Einkünften des Hofs hat er keinen Anspruch auf Ersatz; dagegen muß ihm der Anerbe Verwendungen aus seinem sonstigen Vermögen ersetzen[23]). Was vom Interimswirth während der Maljahre erübrigt und nicht zur Fortsetzung der Wirthschaft erforderlich ist, bleibt bei Beendigung seines Rechts sein Privatvermögen[24]).

---

[18]) Für die persönlichen Schulden des früheren Besitzers kommt er nicht auf, Runde S. 142 ff., insbesondere auch nicht für die vor seinem Antritt fällig gewordenen Abfindungen an Geschwister des verstorbenen Colonus, Seuffert VII. no. 217.

[19]) z. B. auch Preuß. Ldr. I. 21. § 639 f.

[20]) Runde S. 156 ff., Seuffert XXIII. no. 48. — Seuffert II. no. 214: die Klage auf ihre Entrichtung kann gegen den J. W. gerichtet werden, wobei jedoch die Vormundschaft interveniren oder sonst das Interesse des Anerben wahrnehmen kann.

[21]) Daher hat der J. W. auch die Schadensklage gegen denjenigen, welcher den Anerben in der Weise beschädigt hat, daß er wirthschaftliche Arbeiten auf dem Hof nicht verrichten kann, Seuffert XXIV. no. 116 (Wolfenb.).

[22]) Runde S. 177, Pfeiffer prakt. Ausführ. IV. S. 133 f.; über die Kurhess. Praxis IV. S. 222 f. — Lippe'sches Ges. v. 1870. § 95, 99: „das vom J. W. in den Hof eingebrachte Vermögen bleibt im Hofe; als in den Hof eingebracht gilt dasjenige bewegliche Vermögen einschließlich der Forderungen, welches der J. W. vertragsmäßig in die Ehe bringt oder als Vorbehalt zum Besten des Hofes oder im Hofhaushalte verwendet." — Es bleiben diese Illaten auch beim Hof, wenn er wegen früheren Todes gar nicht dazu kam, die Leibzucht zu beziehen, Seuffert XXIV. no. 254 (Celle).

[23]) Runde S. 175 ff., Heise u. Cropp II. S. 92 ff., besonders S. 106 ff., Seuffert VII. no. 217, XI. no. 265.

[24]) Die letzte Ernte also so weit, als sie nicht zum Unterhalt der Familie

Die Interimswirthschaft erreicht nicht ihr Ende, wenn etwa der Anerbe während der Maljahre stirbt, sondern erst mit dem Ablauf der Zeit, für welche sie angeordnet ist[24a]), außerdem aber auch mit der Wirthschaftsunfähigkeit[24b]) oder dem Tode des Interimswirths. In diesen beiden letzten Fällen ist dann zu entscheiden, ob der Anerbe das Gut erhalten oder für die bis zu seiner Volljährigkeit noch fehlende Zeit ein neuer Interimswirth bestellt werden soll.

Nach dem Ende der Maljahre erhält der Interimswirth, wenn er die Wirthschaft ordnungsmäßig geführt hat, eine Leibzucht, deren Höhe entweder partikularrechtlich feststeht oder nach dem Werth der Illaten und der Art seiner Wirthschaft bemessen wird[25]). Hatte er sich auf dem Hof von neuem verheirathet, so nimmt seine Frau an dem Genuß der Leibzucht Theil, hat aber, außer wo ihr Partikularrechte ein solches Recht einräumen[26]), kein eigenes Leibzuchtsrecht und muß nach seinem Tode den Hof resp. die Leibzucht räumen[27]). Nach manchen Partikularrechten erbt der Interimswirth den Hof, wenn der Anerbe und seine Geschwister gestorben sind[28]), und erhalten die während der Maljahre gebornen Kinder eine gleiche Abfindung wie die rechten Geschwister des Anerben[29]) oder haben so-

---

des Anerben und zur Fortführung der Wirthschaft bis zur nächsten Ernte erforderlich ist, Seuffert XI. no. 265.

[24a]) Vgl. auch Niemeyer S. 198 f.

[24b]) Insbesondere auch mit seinem Konkurs, vgl. Niemeyer S. 199 ff.

[25]) Runde Leibzucht S. 358 ff., Seuffert XXV. no. 254; nach Paulsen § 176 a. E. hat er auf sie keinen gesetzlichen, sondern nur einen vertragsmäßigen Anspruch. — Das Recht auf die Leibzucht ist nicht davon abhängig, daß er eigenes Vermögen inferirte.

[26]) z. B. Calenberger Meier-O. V. § 7 (Runde Interimswirthschaft S. 258), Seuffert VII. no. 216.

[27]) Lippe'sches Ges. v. 1870. § 109.

[28]) Steinacker a. a. O. N. 10, Grefe I. S. 348 N. b, Busch S. 106 N. k, S. 164 f., Seuffert VII. no. 215. — Hat er schon als Interimswirth einen Weinkauf bezahlt (vgl. N. 8), so braucht er ihn jetzt nicht von neuem zu erlegen, Münsterische Erbpacht-O. v. 1783. § 147 (Runde S. 269) und Runde S. 201.

[29]) Vgl. z. B. Hildesh. BO. v. 1781. § 19 (Runde S. 262, Busch S. 125). — Die auf der Leibzucht gebornen Kinder haben kein gleiches Recht.

gar nach Abgang des Anerben und seiner rechten Geschwister das Successionsrecht[30]).

§ 136. Die Reallasten der Bauergüter[1]).

Die Besitzer der Bauergüter waren in der mannigfachsten Weise theils zu einfach persönlichen Leistungen, welche auf sehr verschiedenen Gründen beruhten, theils zur Abführung von Reallasten verpflichtet. Wir betrachten nur die letztern, und zwar nur soweit sie privatrechtlicher Natur sind. Da sie durch Herkommen und besondere Festsetzungen in der willkürlichsten und abweichendsten Art bestimmt sein konnten und überdies jetzt großentheils antiquirt sind, ist von ihnen nur in großen Umrissen zu handeln. Sie zerfallen in Dienste und Abgaben.

I. Dienste, Scharwerk, Frohnden, Robothen[2]) u. s. w.

Unter Uebergehung der Dienste, zu denen der Bauer dem Landesherrn, der staatlichen oder kommunalen Obrigkeit oder der Kirche verpflichtet ist oder war[3]), sind die im gutsherrlichen Interesse zu leistenden, „die Hofedienste", zu erwähnen, die verschiedensten „Arten von Fuhren und Handarbeiten, welche zur landwirthschaftlichen Benutzung des herrschaftlichen Guts erfordert werden"[4]), Dienste bei Bestellung der Aecker, bei der Ernte, dem Bau der Gebäude auf dem Herrenhofe[5]), Dienste im Forst, bei der Jagd[6]), Botendienste[7])

[30]) Pfeiffer Meierrecht S. 333 N. f, 347.

[1]) Vgl. die in den Noten zu § 100 angegebene Literatur.

[2]) Literatur oben § 100; Runde § 491 ff. (hier wird § 491 N. c die ältere Literatur angeführt), Eichhorn § 248 ff., Gengler Privatr. (3. Aufl.) § 81. — Thomas I. S. 314 ff., Steinacker S. 510 ff., Sachse § 624 ff., Heimbach § 358—365, Hesse S. 192 ff., Reyscher II. § 258—265, Roth Baier. Civ. R. § 169 N. 29. — Interessantes Detail bei Grimm R. A. S. 350 ff., Weisth. II. S. 116, 178; ältere Dienstordnungen bei Runde § 491 N. b; sehr eingehende Bestimmungen im Preuß. Ldr. II. 7. § 308 ff.

[3]) „Herrendienst" an den Landesherrn, Lüntzel die bäuerlichen Lasten im Fürstenthume Hildesheim. 1830. S. 174 ff. — In den Marken und slavischen Gegenden war die Kriegspflicht als Reallast auf die Grundstücke gelegt. — Dienste zum Straßenbau; Kriegs- und Nothfuhren; Dienste beim Bau von Kirchen, Schulen, Gemeindehäusern u. s. w.

[4]) Preuß. Ldr. II. 7. § 311 ff.

[5]) Handlangerdienste; Dienste zum Anfahren der Baumaterialien.

u. s. w. Sie erscheinen mit Rücksicht auf den Berechtigten als Realberechtigungen zu Gunsten des Besitzers des gutsherrlichen Hofes, und sollen daher nicht ohne den Hof abgetreten werden[8]). Es dürfen nur solche Dienste gefordert werden, wie sie jeder Mann auf dem Lande leisten kann (operae officiales), nicht solche, welche die Qualität eines Handwerkers voraussetzen[9]) oder welche „eine auf dem Lande nicht gewöhnliche Fabrikation oder Handlung zur Absicht haben"[10]) (operae non artificiales).

Abgesehen von den Botendiensten unterscheidet man Hand- und Spanndienste[11]). Bei letzteren hat der Bauer ein solches Gespann mitzubringen, wie er es für sein Bauergut gebraucht; es genügt nicht ohne weiteres ein solches, wie er es thatsächlich besitzt[12]). Bei Handdiensten hat er, wenn es sich um Arbeiten handelt, wie sie auch auf seinem Gut vorfallen, seine eignen tüchtigen Geräthschaften mitzubringen[13]). Regelmäßig kann er sich durch einen Hausgenossen oder gemietheten Tagelöhner vertreten lassen[14]).

Ferner unterscheidet man gemessene und ungemessene Dienste, hauptsächlich mit Bezug auf die Quantität der zu übernehmenden Dienstleistungen[15]). Nach neueren Gesetzen sollen ungemessene Dienste

6) Thomas I. S. 349 ff.; nicht bloß bei leibeignen Bauern, v. Wächter I. S. 480 N. 10.

7) Haubold § 469 N. e, Preuß. Ldr. II. 7. § 410. — Irrig Frieblieb Reall. S. 281 f., daß zu ihnen nur Unterthänige ohne Grundbesitz verwendet würden.

8) Haubold § 464 N. e; gelegentlich kam dies in älterer Zeit doch vor, z. B. Urkk. v. 1278, 1295 bei Baur hessische Urkk. no. 160, 210.

9) Haubold § 465 N. e, Preuß. Ldr. II. 7. § 391.

10) Preuß. Ldr. II. 7. § 312, Haubold § 464 N. f.

11) z. B. Preuß. Ldr. II. 7. § 323 ff., 349 ff.

12) Thomas I. S. 336 f., 339 ff., Reyscher I. § 259 N. 11, 12, 15, Heimbach § 360 N. 1.

13) Preuß. Ldr. II. 7. § 358 ff.

14) Preuß. Ldr. II. 7. § 353 ff., Bülow u. Hagemann III. no. 58, Haubold § 467 N. c.

15) Die ungemessenen Dienste, bei welchen der Bauer der Willkür des Herrn schonungslos preisgegeben war, scheinen erst ein Produkt der späteren Zeit, besonders seit dem 30 jährigen Kriege, zu sein, Küntzel S. 89, 176, 180, 236, Korn Zeitschr. f. R. G. XI. S. 33 f. In den Weisthümern ist sehr selten von ungemessenen Diensten die Rede; die älteste mir bekannte Stelle ist

so viel wie möglich vermieden oder in gemessene verwandelt[16]) oder mindestens in der Weise beschränkt werden, daß der Bauer die für seine Wirthschaft erforderliche Zeit übrig behält[17]). Tagdienste dürfen nur an Wochentagen gefordert werden; die Dienstzeit wird dabei ebenso berechnet wie für Tagelöhner[18]). Die Zeit, welche der Bauer braucht, um von seiner Wohnung bis zum Ort des Dienstes und dann wieder von hier nach Hause zurück zu gelangen, wird im Zweifel in die Zahl der Dienststunden eingerechnet[19]). Jeder Dienst muß dem Bauer Tags zuvor bei guter Stunde angesagt werden[20]). Für manche Dienste ist der Herr zu einer Gegenleistung (pröve) verpflichtet[21]). Bei Säumigkeit des Bauern hatte früher der Herr das Pfändungsrecht[22]); um eine Strafe gegen ihn zu verhängen[22a]) oder Schadensersatz zu fordern, bedarf es des gerichtlichen Verfahrens. Eine wesentliche Erschwerung des Dienstes darf nicht eintreten, selbst

ein Weisthum vom Neckar v. J. 1560 (bei Grimm I. S. 444): ein ungemessigten frohn. — Ein Beispiel übermäßiger Dienstpflicht bei Pufendorf obs. II. no. 71 und noch aus dem J. 1829 bei Lüntzel S. 27 N. 1. — Thomas I. S. 338 f. präsumirt für ungemessene Dienste, Pufendorf I. no. 121. § 4 zweifelt; dagegen Runde § 499 N. e.

16) Preuß. Ldr. II. 7. § 314 ff., Würt. Ed. v. 1817 (Reyscher I. § 260), Baier. Ges. v. 1818 (bei Friedlieb Reall. S. 91).

17) Haubold § 468 N. d, vgl. mit § 464 N. h.

18) Strube V. 78, Haubold § 467 N. f; genauere Bestimmungen Preuß. Ldr. II. 7. § 361 ff.

19) Sehr kontrovers; für obige Ansicht Hagemann Landwirthschaftsrecht S. 436, Erörterungen VII. no. 109. — Grimm Weisth. V. S. 119. § 14 (Schweiz): der Arbeiter gehe mit Sonnenaufgang zur Arbeit fort; I. S. 341: die Arbeiter sollen so früh entlassen werden, daß sie bei Tage wieder zu Hause ankommen. — Ernest. Landes-O. v. 1666 (Brückner § 433): der Weg wird eingerechnet, wenn er mehr als eine Stunde dauert. — Kraut § 117 no. 8. — Entgegengesetzter Ansicht, daß die Wegezeit nicht eingerechnet werde, Ortloff in seinen, Heimbach's u. s. w. Abhandlungen I. S. 395—404. — Eine Anzahl partikulärer Bestimmungen bei Wigand Provinzialrecht von Minden I. S. 389 f.

20) BO. v. 1632 bei Lüntzel S. 88; Haubold § 467 N. d.

21) Frohndbier, Frohndbrod, Thomas I. S. 346, Preuß. Landr. II. 7. § 419; Beispiel bei Lüntzel S. 168. — Haubold § 472. Gegenleistungen nur auf Grund von Vertrag oder Herkommen; jedoch ist bei Wachdiensten eine Beköstigung zu leisten.

22) z. B. Steinacker S. 524, Heimbach § 364.

22a) Sickel Vertragsbruch S. 67.

nicht bei einer Culturveränderung des Grundstücks[23]). Der Herr, welcher die Dienstpflicht behauptet, hat bei Streitigkeiten den Beweis zu führen, ausgenommen, wo sie allgemein auf einem Rechtssatz beruht[24]).

Die Frohnden sind in neuerer Zeit theils ohne Entschädigung aufgehoben[25]), theils für ablösbar erklärt[26]), und es sollen keine neuen weiter entstehen[27]).

II. Zinse[28]).

Die Zinse, welche die Bauern an den Guts-, Gerichts- oder Vogteiherrn zu leisten hatten, sind gleichfalls theils einfach persönliche, theils Reallasten. Unbegründet ist die Annahme[29]), daß die gutsherrlichen Zinse im Gegensatz derer an den Gerichts-, Vogt- u. s. w. Herrn Ausflüsse des persönlichen Verleihungsverhältnisses und keine Reallasten seien; vielmehr ist es lediglich Frage des konkreten Falls, ob der Zins Reallast ist oder nicht[30]). Es ist sehr wohl möglich, daß der Bauer bei der Beleihung mit dem Gut eine auf

---

[23]) Haubold § 467 N. b; vgl. auch Pufendorf I. 121. § 7, 8, 12, Runde § 500.

[24]) Da z. B. in Sachsen alle Bauern zu Baufrohnden verpflichtet waren, konnten sie sich von der Anforderung nicht durch actio negatoria befreien, sondern mußten einen titulus specialis der Befreiung nachweisen, Hommel rh. no. 164.

[25]) z. B. Preuß. Ges. v. 2. März 1850. § 3 no. 4 Leistungen wegen der Privatgerichtsbarkeit und gutsherrlichen Polizeiverwaltung, no. 6 Jagdfrohnden, no. 8 Dienste zum persönlichen Bedürfniß der Gutsherrn und ihrer Beamten.

[26]) z. B. angef. Preuß. Ges. § 9 ff., Sächs. Ges. v. 1832 (Haubold § 474[b]), Altenb. Ges. v. 1837 (Hesse S. 194 f.). In Baiern unentgeltliche Aufhebung aller privatrechtlichen Frohnden (Roth § 169 N. 29). — Ueber die Würtemb. Ablösung seit 1817 Reyscher II. § 261 ff.

[27]) Würtemberg 1809, Wächter I. S. 848 N. 3; Weimar'sches Ges. v. 16. Mai 1821. § 18; Haubold § 464 N. b.

[28]) Eichhorn § 252, 253, Mittermaier I. § 175—180, Gengler (3. Aufl.) § 78, Duncker Reallasten S. 86 ff., 184 ff., 197 ff., Frieblieb S. 272 ff., Sachße § 632, Heimbach § 365 f., Grefe II. S. 197—207, Reyscher I. § 266, 267.

[29]) Duncker S. 187, 197 ff., 218, Walter § 147, 534. Vgl. dagegen auch Frieblieb S. 276 N. 1.

[30]) Die Rauchhühner, Fastnachtshühner u. s. w., welche jede leibeigne Familie (jeder Haushalt, jede Heerdstätte) jährlich dem Herrn zu leisten hatte (vgl. Grimm Rechtsalterth. S. 374 ff.), waren regelmäßig nicht Reallast,

demselben längst ruhende Last noch durch Vertrag übernimmt; aber es hört in Folge davon nicht die Reallast auf, diese Eigenschaft zu haben; die Verpflichtung zur Abführung der Last ist die unmittelbare Folge des Erwerbs des Guts, nicht der Uebernahme der Verbindlichkeit im Leihevertrage. So hat man im allgemeinen auch nicht daran gezweifelt, daß die gutsherrlichen Prästationen besessen, im Hypothekenbuch eingetragen, mit der actio confessoria gefordert werden können; das Recht auf Prästationen konnte vom Gutsherrn veräußert, zu Lehen gegeben werden u. s. w., und man bezeichnet

---

sondern eine persönliche Abgabe. Wenn das Gut, welches die Familie besaß, in mehrere Theile zerlegt und auf jedem Theil ein Haus gebaut wurde, sind mehrere Fastnachtshühner, und wenn die Theile wieder vereinigt werden, ist nur ein Fastnachtshuhn zu leisten; z. B. Grimm Weisth. I. S. 645, Amorbacher Stadtr. v. 1359 bei Gengler C. jur. mun. I. p. 42 (auch bei Grimm VI. S. 10. § 1, 2, aber mit der Jahrzahl 1395). In späterer Zeit übernahmen diese Last auch nicht-leibeigne Bauern, besonders an den Vogtherrn, Grimm Weisth. III. S. 231. § 4, R. A. S. 376 f., Thomas I. S. 270 f.

Dasselbe gilt von dem Besthaupt, Todfallsrecht u. s. w. (vgl. über dasselbe die Zusammenstellungen bei Grimm R. A. S. 364—374, Gengler Lehrb. S. 125 ff.), dem Recht des Herrn auf einen bestimmten Theil oder das beste Stück der Hinterlassenschaft seines Leibeignen oder Hörigen; dasselbe Recht hatten später auch oft die Vogtherrn (z. B. Bluntschli Zür. R. G. I. S. 276 f.). Bei Zerstücklung des Guts lastet die Besthauptpflicht auf jedem Theil, und wenn alle Theile wieder zusammen kommen, wird nur ein Besthaupt gegeben, Grimm Weisth. I. S. 390 f., V. S. 451. § 3; wurde es nicht reell getheilt und besaßen es mehrere Personen zu gesammter Hand, so wird gleichfalls nur ein Besthaupt gegeben, Stobbe Zeitschr. f. R. G. IV. S. 247 f., ebenso wenn der verstorbene Bauer mehrere Güter hatte, Grimm Weisth. VI. S. 15. § 7, I. S. 397. — Aber auch das Besthauptrecht entwickelte sich bisweilen zu einer Reallast, indem es der Herr gegenüber jedem Besitzer des betreffenden Guts forderte, gleichviel welchem Stande er angehörte, Grimm R. A. S. 372, Eichhorn § 71 N. bb, Duncker Reallasten S. 232 f., Pfeiffer S. 190 N. u, S. 446, v. Wächter I. S. 164, Reyscher I. § 216 N. 2. (Einen andern Sinn hat: Besthaupt vom Leib und vom Gut bei Grimm I. S. 331, 361, 669, 674; d. h. der betreffende habe ein Besthaupt an den Vogtherrn und eins an den Gutsherrn zu leisten); hatte der Verstorbene mehrere Güter, so fordert hier der Herr auch mehrmals das Besthaupt, Grimm Weisth. I. S. 391, VI. S. 87. § 14. — Da die Aufhebung der Leibeigenschaft sich zunächst nur auf die persönlichen Beschränkungen bezog, fiel mit derselben das Besthaupt, wo es Reallast ist, nicht sogleich fort, sondern bedurfte es noch der besondern Gesetzgebung über die Aufhebung der Reallasten.

ohne Bedenken die gutsherrlichen Zinse in der Gesetzessprache und der Literatur als Reallasten.

Am wenigsten ist an dieser Natur der Lasten zu zweifeln, wo der Bauer sein Gut an eine persona habilis veräußern kann oder die Höhe der Lasten so konstant feststeht, daß sie auch nicht durch einen Vertrag der beiden Interessenten erhöht werden darf.

Die Zinse wurden bei sehr verschiedenen Gelegenheiten und in sehr mannigfaltigen Gegenständen geleistet, in Geld, Naturalien, Getreide, Thieren, sonstigen Erzeugnissen der Landwirthschaft und Industrie u. s. w. Sie kommen unter den verschiedensten Namen vor, welche sich auf den Gegenstand oder den Grund oder die Zeit der Leistung u. s. w. beziehen[31]). Manche Zinse hat der Pflichtige dem Herrn zu bringen, andere der letztere abzuholen[32]).

Bei der Leistung von Naturalien muß regelmäßig der Berechtigte mit der mittleren Qualität der auf dem Gut gezogenen Früchte zufrieden sein[33]).

Während nach allgemeinen Grundsätzen der Gutsherr bei Besetzung des Guts mit einem neuen Colonus die Lasten erhöhen durfte, ist doch vielfach im öffentlichen Interesse das entgegengesetzte bestimmt und soll eine Erhöhung nicht einmal mit Genehmigung des Colonus

---

[31]) Eine große Zahl von Namen bei Runde § 507. Sehr reiches Detail über solche Zinse und Abgaben bei Grimm Rechtsalterth. S. 358—391.

[32]) Sog. Gatterzins, Grimm R. A. S. 388 f. (über einen andern Sinn dieses Worts in der Nürnb. Ref. vgl. oben § 132 N. 14). — Daß mit Ausnahme von Sachsen die Regel dahin geht, daß der Zinspflichtige den Zins zu bringen hat, wie Seuffert XXII. no. 157 angenommen wird, ist zu bezweifeln: es besteht keine feste Regel.

[33]) Steiermärk. Landr. (Bischoff) art. 101, Emminghaus S. 498 no. 21, 22, Eichhorn § 253 N. c, Beseler § 192 N. 5, v. Gerber § 189 N. 6, Heimbach § 365 N. 9, Reyscher I. § 267 N. 1, 2, Grefe II. S. 198, Erk. d. RchsGer. I. no. 129. — Strube Bed. III. no. 112 u. V. no. 44 meint, er müsse die beste Qualität des auf dem Gut gewachsenen oder erzeugten liefern; so bestimmt auch das Goth. R. (Brückner § 383) und für den Erbzins das Preuß. Landr. I. 18. § 751, II. 7. § 475 ff. — Ganz abweichend Seuffert XXIV. no. 256 (Rostock), daß nicht an sich die Qualität des auf dem Gut gewachsenen genüge, sondern mittlere, empfangbare Qualität zu leisten sei, — gewiß im Gegensatz gegen den allgemeinen Gebrauch, wonach der Bauer ähnlich wie beim Zehnten etwas von seinen gewöhnlichen Gutserzeugnissen zu liefern hat und kein absoluter Maßstab aufgestellt wird.

eintreten: damit nicht die Unterthanen „zur Entrichtung der gemeinen Landes-Onerum ohntüchtig gemachet werden“[34]). Ohne Bedenken ist die Erhöhung zulässig, wenn der Werth des Guts durch Alluvion oder Rodungen erhöht ist[35]).

Dagegen können die Zinsen herabgesetzt werden; ja partikularrechtlich durfte der Bauer auf die Herabsetzung dringen, wenn er ohne sie nicht würde bestehen können[36]). Sind durch Unglücksfälle, Elementarereignisse, Mißwachs u. s. w. die Nutzungen des Guts vorübergehend erheblich vermindert, so hatte der Colon schon nach altem Recht vielfach einen Anspruch auf temporäre Herabsetzung[37]). Später unterschied man, ob der Zins mehr in recognitionem dominii (bei Erbzinsgütern) oder als Aequivalent für die Nutzungen (bei Erbpachtgütern) geleistet wird, und läßt die Remission im zweiten, dagegen gar nicht oder nur in geringerem Grade im ersten Falle zu[38]).

Wenn der Bauer den Zins nicht bezahlte[38a]), schwoll derselbe

---

[34]) Gesetzliche Bestimmungen v. 1542 u. 1719 bei Pfeiffer S. 159 ff., ferner Strube Bed. III. 114, Eichhorn § 253 N. b, Steinacker S. 480 f., Grefe II. S. 199 ff., Oestr. G. B. § 1131, Preuß. Ldr. I. 21. § 193, 194.

[35]) Material für diese Frage bei Pfeiffer S. 161 f. und Busch S. 43 f., welche sich mit Bezug auf Meiergüter verneinend aussprechen; auch das Baier. Ldr. IV. 7. § 9 no. 6 läßt bei Alluvion keine Erhöhung eintreten.

[36]) Iglauer Recht (Tomaschek deutsch. R. in Oestr.) c. 95 vgl. mit S. 296, Preuß. Ldr. I. 21. § 207. Ueber die verhältnißmäßige Herabsetzung, wenn ein bisher von öffentlichen Lasten freies Gut durch die Gesetzgebung die Befreiung verliert, Pfeiffer prakt. Ausführ. I. no. 10.

[37]) Stellen aus den Quellen des M. A. bei Stobbe Vertragsrecht S. 243, Arnold Grundeigenthum S. 184 f.; Purgold II. 38. — Keine Remission, sondern nur Aufschub bis zur nächsten Ernte Grimm Weisth. VI. S. 598. § 10. — Ausgeschlossen wird die Remission in vielen Leihebriefen, z. B. Kraut § 115 no. 14 u. 15, Urkk. v. 1347 u. 1348 in Mone's Ztschr. VI. S. 346, 347, 356, von 1174 bei Lacomblet I. no. 449. — Sie soll nur bei Zeitpacht, nicht bei Erbpacht zugelassen sein, Wormser Ref. V. 2. tit. 2. fol. CV.

[38]) Baier. Ldr. IV. 7. § 9 no. 9, Preuß. Ldr. I. 18. § 758—762 vgl. mit I. 21. § 211, Oestr. G. B. § 1133, 1134. — Eichhorn § 253 N. d, Pfeiffer S. 156 ff., 434 f., Steinacker S. 479 N. 6, S. 501 ff., Grefe II. § 60. S. 201 ff. Baden'sches Landr. art. 710ff, Wigand Paderb. I. S. 102, und die ausführliche VO. für Minden u. Ravensberg v. 1769 bei Wigand Provinz. R. für Minden II. S. 425 ff. — Kein Erlaß bei zu Eigenthum besessenen Zinsgütern nach der Hannov.'schen VO. bei Kraut § 115 no. 18.

[38a]) Viel Detail bei Sickel Vertragsbruch S. 52 ff.

nach sehr altem und weit verbreitetem Gewohnheitsrecht in der Weise an, daß am zweiten Termin der doppelte, am dritten der dreifache Zins zu zahlen war (sog. Rutscherzins)[39]; nach neuerem Recht treten nur Verzugszinsen ein[40]. Auch darf der Herr nicht mehr den säumigen Bauern pfänden[41], sondern ist auf das gerichtliche Verfahren verwiesen. Bei fortgesetzter Mora darf der Gutsherr den Bauern entsetzen und das Gut einziehen (oben § 132. N. 60); handelt es sich um andere als gutsherrliche Zinse, so kommt es zur Subhastation des Guts.

III. Einer besonderen Erwähnung bedarf das Laudemium[42],

---

[39]) Stellen bei Grimm R. A. S. 387, 947, Stobbe Vertragsrecht S. 32 f., Kraut § 111 no. 6, § 115 no. 11, 12, Grimm Weisth. III. S. 393, 563, IV. S. 2, 6, Thomas I. S. 272 ff.; vgl. auch Haubold § 475. Zus. — Aufgehoben in Baiern 1818 Gengler Lehrb. S. 308 f. — Ueber die Entstehung des Gebrauchs des Rutscherzinses vgl. auch Löning der Vertragsbruch I. 1876. S. 80 f., 254 N. 11.

[40]) Preuß. Lbr. II. 7. § 481.

[41]) Das alte Pfändungsrecht (oben I. § 70 N. 25) ist durch die Gesetzgebung dieses Jahrh. beseitigt; oben I. § 70 N. 31.

[42]) Ueber das Laudemium vgl. Runde § 531—533, Maurenbrecher § 344, 45, Gengler Lehrb. S. 1384—1392, Priv. R. (3. Aufl.) § 103. — Gesenius II. S. 264—340, Pfeiffer S. 89 ff., Duncker S. 227—231. — Weiske über das Lehngeld, insbesondere eine neue Auslegung des k. sächs. Generales v. 3. Nov. 1751, in s. prakt. Untersuchungen II. 1846. S. 5—64, Julius Merkel über Quinquagesima und Lehnware nach Justinians und Kurf. August's Constitutionen und Lehnwarenablösung nach K. Sächs. Ablösungsgesetzen. Leipz. 1847 (Vermehrter Abdr. aus d. Ztschr. für Rechtspfl. u. Verwaltung), Hauser's Ztschr. IV. S. 204 ff. — Sachse § 633—37, Brückner § 386 ff., Heimbach § 369 bis 373, Haubold § 477 ff., Thomas I. S. 276 ff., 283 ff., II. S. 60 ff., Dernburg § 311, Grefe II. S. 176 f., 179 f., Reyscher II. § 387, III. § 735. — Aeltere Literatur bei Gengler S. 1384 f.; über baier. Liter. u. Quellen Roth II. S. 336 N. 31. — Ueber Laudemium bei der städt. Erbleihe Arnold Eigentum S. 73 ff., Pauli Abhandl. IV. S. 4, 6 f.

Sehr mannigfaltige Bestimmungen enthalten die Weisthümer. Auch später wurden zahlreiche Gesetze über die Laudemien erlassen, welche zum Theil in großer Ausführlichkeit die einzelnen Fälle erörtern, z. B. Frankenhauser Statuten II. art. 48 ff. (Walch I. S. 288 ff.), Ansbachische Handlohnsordnung v. 1697, Baireuther Handlohnsordnung von 1760 bei Arnold Beiträge II. S. 40—51, 231—253; andere partikuläre Ordnungen daselbst II. S. 278—289, 341—364, 637—645; Baier. Landr. IV. 7. § 11. — Vgl. auch Gengler Lehrb. S. 1385.

welches unter den verschiedensten Namen[43]) vorkommt und die Abgabe ist, welche der neue Erwerber des Guts an den Gutsherrn zu zahlen hat; an manchen Orten wird eine solche Abgabe auch bei im Eigenthum des Bauern stehenden Gütern an den Gerichts- oder Vogtherrn entrichtet[44]). Seine hauptsächlichste Anwendung aber findet das Laudemium in gutsherrlichen Verhältnissen[45]). Es ist eine Zahlung für die Bewilligung des Colonats und erklärt sich daraus, daß das Gut nicht ohne Genehmigung des Gutsherrn veräußerlich und ursprünglich auch nur beschränkt vererblich war. Gestattet der Herr die Veräußerung oder läßt er das Gut dem Erben, so hatte der Erwerber für die Bewilligung eine Abgabe zu zahlen, sei es eine geringere, um das Recht des Herrn anzuerkennen (recognitionis causa), sei es eine erheblichere, gewissermaßen zum Dank für die Verleihung. Die genaueren Bestimmungen beruhen auf Verabredungen bei der Verleihung oder auf Herkommen für das einzelne Gut oder auf hofrechtlichen Normen oder staatlichen Gesetzen für alle Güter einer Gegend.

Bald ist eine fixe Summe oder Abgabe[46]), bald, wenn sie bei Veräußerung des Grundstücks entrichtet wird, eine bestimmte Quote von dem Kaufpreis des Guts[47]) zu zahlen, wo das Römische Recht Einfluß gewann, der 50. Theil des Kaufpreises, die quinquagesima[48]). Und was die Veranlassung angeht[49]), so lastet auf manchen

[43]) Weinkauf, mercipotus, Handlohn, Ehrschatz, Lehnware, Lehngeld, lehenlos (Tirol. Weisth. II. S. 103 Z. 27), Sterbelehn (wenn es der Erbe entrichtet, Oestr. G.B. § 1142), Gewerf (Schröder Urkk. no. 135). [1. Aufl. no. 110] u. s. w.

[44]) Oben § 134 N. 8, 9.

[45]) Preuß. Ldr. I. 18. § 714, 715, I. 21. § 203: bei Erbzinsgütern, aber regelmäßig nicht bei Erbpachtgütern. — Nach manchen Rechten wird für die Weinkaufspflicht präsumirt und muß der Meier seine Freiheit beweisen, Grefe II. S. 179. Anderwärts wird bei Erbzinsgütern gegen die quinquagesima präsumirt und soll der Gutsherr seine Gerechtigkeit nachweisen, Seuffert II. no. 8, VII. no. 78.

[46]) Ein Jahrzins Grimm Weisth. I. S. 375. Zwei Maß, ein Eimer, ein Viertel Wein, Grimm I. S. 442, 455, 479. § 13, 495. Daher auch der Name Weinkauf; wo eine Geldabgabe geleistet wird, sprach man von trocknem Weinkauf, Stobbe Ztschr. f. Rechtsgesch. XIII. S. 234 N. 65.

[47]) Pfeiffer S. 95 ff. Resp., wenn dieser nicht dem wahren Werth des Guts entspricht, in einer Quote des wahren Werths, Hommel rh. 319.

[48]) So in dubio nach Preuß. Ldr. I. 18. § 720; Steinacker S. 482;

Gütern die Verpflichtung nur bei Veräußerungen unter Lebenden an eine der besitzenden Familie fremde Person, bei andern auch bei Vererbungen[50]), bei Abtretung des Guts an einen Erben unter Vorbehalt der Leibzucht[51]), beim Anfall des Guts an die Ehefrau, bei vorübergehender Uebertragung an den Interimswirth[52]) u. s. w. Was den Fall der Vererbung betrifft, so wird das Laudemium nach manchen Rechten nur beim Anfall des Guts an Collateralen[53]), nach andern auch von den Descendenten gezahlt. Auch mußte es an manchen Orten regelmäßig nach dem Ablauf einer bestimmten Zahl von Jahren erlegt werden[54]). Seltener als bei Veränderungen in der Person des Bauern wird es bei Veränderungen in der Person des Herrn erhoben, aber dann nur beim Tode des Gutsherrn, nicht auch bei Veräußerung der Gutsherrlichkeit[55]).

Die Verpflichtung zur Leistung eines Laudemium kann auf dem Vertrage des Pflichtigen oder seines Erblassers mit dem Gutsherrn beruhen, ist aber regelmäßig eine Reallast, zu welcher der künftige Erwerber des Guts, der Erbe, Käufer u. s. w. ohne weiteres in Folge von Gesetz, Herkommen, Hofrecht verpflichtet ist[56]).

---

höchstens die quinquagesima nach dem Baden'schen Landr. art. 1831[bb]; nach dem Ostpreuß. Provinz. R. Zusatz 70: 10 Procent. — Der dritte Pfenning Grimm Weisth. II. S. 15, V. S. 168. § 38; die Abgabe des Besthaupts II. S. 39. — Andere Bestimmungen bei Grefe II. S. 180 N. a, Pfeiffer S. 95 ff., Koch zu Preuß. Landr. I. 18. § 720. — Das Laudemium verliert seinen Charakter gänzlich, wenn statt einer einmaligen Leistung der jährlich zu zahlende Erbzins erhöht wird, Thomas I. S. 289.

[49]) Vgl. z. B. Preuß. Ldr. I. 18. § 718, 719, 742, Pfeiffer S. 92 ff.

[50]) Bisweilen ist bei Vererbungen sein Betrag geringer, z. B. Frankenhauser Statuten II. art. 50 (Walch I. S. 290).

[51]) Runde Leibzucht S. 157 ff., Pfeiffer prakt. Ausf. VIII. S. 302, vgl. dagegen Preuß. Ldr. I. 18. § 717.

[52]) Oben § 135 N. 8.

[53]) z. B. Preuß. Ldr. I. 18. § 716.

[54]) Oben § 132 N. 16.

[55]) Beim Tode des Abts, welcher der Grundherr ist, Grimm Weisth. I. S. 375 (hier weglösi genannt), Grefe II. S. 177 N. f, Pfeiffer S. 417 f. — Im allgemeinen ist gegen ein solches Lehngeld zu präsumiren, Strube Bedenken I. 49, Pufendorf III. no. 35, 36, Pfeiffer S. 93, Kraut § 264. no. 13.

[56]) Frieblieb S. 277 f., Arnold Eigenthum S. 78 f., Reyscher II.

Die Ablösung oder Aufhebung der Reallasten hat in neuerer Zeit auch die Laudemialpflicht betroffen[57]).

IV. Wie bereits gelegentlich erwähnt ist, sind in neuerer Zeit[58]), besonders seit dem Einfluß der französischen Gesetzgebung[59]), die bäuerlichen Reallasten in den verschiedenen deutschen Ländern entweder ohne Entschädigung aufgehoben oder für ablösbar erklärt worden, indem der Belastete ein Kapital bezahlt oder als Schuld übernimmt oder eine gewisse Anzahl von Jahren hindurch Rentenzahlungen zu leisten hat[60]). Die Entstehung neuer unablöslicher Reallasten ist untersagt[61]).

---

§ 387 N. 4, Seuffert XV. 149 (Jena), XIX. no. 50 (Halle'sche Jur. F.). — Anderer Ansicht Duncker S. 227 ff., welchem v. Gerber § 143 N. 5 und Walter § 538 N. 5 zustimmen: das Laudemium sei regelmäßig eine kontraktliche, besonders übernommene Verpflichtung und eine Reallast nur, wenn es an andere Personen als den Gutsherrn geleistet werde. — Indessen beruht es regelmäßig nicht auf besonderer Verabredung, sondern auf einer dauernden Norm für das einzelne Gut oder für alle Güter einer bestimmten Gegend und wird auch von der Praxis in Rücksicht auf Verjährung, Besitz, Klage u. s. w. nach gleichen Grundsätzen wie die übrigen Reallasten behandelt. — Gengler Lehrb. S. 1387 sagt, es sei an sich eine rein persönliche Abgabe, führt dann aber Fälle an, in welchen es als Reallast erscheinen könne; diese Fälle (Gesetz, Herkommen, Eintragung in das Urbar) sind nun aber weitaus die häufigsten, so daß was er als Ausnahme bezeichnet, zur Regel wird. — Ueber die Controverse in älterer Zeit vgl. Maurenbrecher § 344. N. 9.

[57]) z. B. Haubold § 480[b], Preuß. Ges. v. 2. März 1850. § 36—49, Gengler Lehrb. S. 1392, Jul. Merkel S. 82 ff.

[58]) Gelegentlich kommen Ablösungsgesetze auch schon in älterer Zeit vor, z. B. Bamberger Zehntvertrag von 1525 bei Gengler S. 319 f. N. 24, Nürnberger Ablösungsgesetze bei Ludolf collectio statutorum p. 683 ff., 788 ff.; vgl. auch Frankf. Ref. II. 15. § 11—13.

[59]) vgl. Zachariä § 198; über die Gesetzgebung des Königr. Westphalen Lüntzel Lasten S. 7 f.

[60]) Ueber die neueren Ablösungsgesetze: deutsche Viertelj. Schrift v. 1854. Tüb. S. 205—219, Frieblieb Reall. S. 78—119, Stein Verwaltungslehre VII. 1868. S. 202 ff., 217, Rösler Verwaltungsrecht I. 1872. § 148 ff. — Beseler § 194, Gengler S. 304 f. — Ganz besonders Neubauer Zusammenstellungen S. 44 ff.

Oestreich: über die Gesetzgebung seit 1848 v. Kirchstetter zu § 1150 des Oestr. Ges. B.

Preußen: Gesetze von 1811, 1821, 1825, 1829, 1832, Verf. Urk. art. 42, ganz besonders aber das Gesetz v. 2. März 1850; vgl. Dernburg I. § 210.

Nach diesem letztern Gesetz § 3. no. 4 werden ohne Entschädigung aufgehoben alle Beiträge für die Privatgerichtsbarkeit und gutsherrliche Polizeiverwaltung, no. 6 alle Leistungen und Abgaben mit Bezug auf die Jagd, no. 10 alle aus den früheren gutsherrlichen, schutzherrlichen und grundherrlichen Rechten abgeleiteten und hergebrachten Abgaben und Leistungen, welche, ohne zum öffentlichen Steuereinkommen zu gehören, die Natur der Steuern haben; § 3 a. Schl.: jedoch sind diese Dienste, Abgaben und Leistungen nicht unentgeltlich aufgehoben, insofern sie für die Verleihung oder Veräußerung eines Grundstücks ausdrücklich übernommen worden sind; § 6 alle Reallasten, mit Ausnahme der öffentlichen und Gemeindelasten, sind ablösbar. (Vgl. auch Erk. des RchsG. I. no. 49.) — Gesetz v. 27. Apr. 1872 betr. die Ablösung der den geistlichen und Schulinstituten, sowie den frommen und milden Stiftungen u. s. w. zustehenden Reallastberechtigungen.

Was die annektirten Provinzen angeht: Kurhessen Gesetze v. 23. Juni 1832, 31. März 1835, 26. Aug. 1848, 20. Juni 1850, Preuß. VO. v. 13. Mai 1867 und Ges. v. 23. Juli 1876; vgl. Platner S. 297 ff. — Hannover: Gesetze v. 28. Nov. 1831, 23. Juli 1833 (Grefe I. S. 331, 361, II. S. 275 ff., 351 ff.), Preuß. VO. v. 28. Sept. 1867 u. Ges. v. 3. Apr. 1869. — Preuß. Ges. v. 5. Apr. 1869 u. v. 15. Febr. 1872 für das Gebiet des Reg. Bez. Wiesbaden und die zum Reg. Bez. Cassel gehörigen vormals großherzogl. Hess. Gebietstheile; über Nassau vgl. Neubauer S. 56. — Ueber Schlesw. Holstein vgl. Frieblieb S. 58 ff. u. d. Preuß. Ges. v. 3. Jan. 1873. — Ueber Waldeck VO. v. 18. Okt. 1833, 28. Dez. 1835 u. 20. Dez. 1836, Preuß. Ges. v. 25. Jan. 1869.

Baiern: Verf. Urk. v. 26. Mai 1818, Ges. v. 4. Juni 1848 (Pözl baier. Verf. R. § 66 ff.), Ges. vom 28. April 1872 die Grundentlastung betreffend (v. Stengel die Grundentlastung in Baiern. Systematische Erläuterung des Ges. v. 28. Apr. 1872. Würzb. 1874).

Würtemberg: über die Gesetze von 1817, 1818, 1836 v. Wächter I. S. 997 ff., 1000, Reyscher § 218—222; Gesetz v. 14. Apr. 1848, Instr. vom 23. Okt. 1848, Ges. v. 24. Okt. 1849, Frieblieb S. 104 ff.

Baden: Gesetze v. 1818, 1820, 1831, 1833, v. 10. Apr. 1848, 21. Apr. 1849; Frieblieb S. 107 ff.

Sachsen: Gesetze v. 1824 u. 1832, 15. Mai 1851, Frieblieb S. 94 ff., Schmidt S. 313 ff., Müller Reallasten S. 22 ff.

Sachsen-Weimar: Ges. von 1821, v. 28. April 1869 (230 Paragraphen).

Altenburg: über die Gesetzgebung v. 1837 Hesse S. 199 ff.; Ges. v. 17. Jan., 16. Febr. u. 6. Aug. 1849, 20. Apr. 1850.

Meiningen: Gesetze v. 23. März 1846, 6. Juni 1848, 5. Mai 1850, 12. Juni 1865.

Anhalt-Bernburg: Ges. v. 23. Sept. 1849, Dessau und Cöthen v. 26. März 1850.

Dritter Abschnitt. Das Recht der Erb-, Stamm- und Familien-Fideikommißgüter.

§ 137. Erb- und Stammgüter.

Die mittelalterlichen Grundsätze, wonach Grundstücke, außer im Fall der echten Noth, nur mit Genehmigung der nächsten Erben veräußert werden sollten und bei einer ohne ihren Willen erfolgten Veräußerung die Erben das Grundstück revociren oder retrahiren durften (vgl. § 87 ff.), erhielten sich partikulär noch längere Zeit beim Adel und beim Bürgerstande, sind aber h. z. T. von äußerst geringer praktischer Anwendbarkeit.

I. Die Veräußerungsbeschränkung galt in den Städten nur für die Erbgüter[1]), d. h. die von Blutsverwandten her ererbten Güter.

Coburg: Ges. v. 25. Jan. 1849 u. 21. Dez. 1850, Gotha v. 20. Okt. 1848 u. 5. Nov. 1853.

Schwarzburg-Sondershausen: Gesetze vom 28. März 1848, 8. Apr. 1850, 14. Juli 1857, 12. Febr. u. 15. Mai 1872. — Schwarzb.-Rudolst.: Ges. v. 27. Apr. 1849.

Lippe: Gesetze v. 4. Sept. 1838, 30. Nov. 1849; letzteres wurde durch landesherrl. Verfügung v. 1. Juni 1854 sistirt; es erfolgte darauf ein Ges. v. 26. Aug. 1857.

Schaumburg-Lippe: Gesetze v. 24. Jan. 1845, 26. u. 28. Apr. 1870, 18. Dez. 1872.

Großherzogthum Hessen: VO. v. 1811 u. 1813 Rühl S. 180, v. 27. Juni 1836 Friedlieb S. 114 f.

Oldenburg: Ges. v. 11. Febr. 1851, 24. Mai 1870.

Braunschweig: Gesetze von 1832, 20. Dez. 1834, 12. Februar 1842, Steinacker S. 600 ff., Friedlieb S. 116 ff.

Für das Landgebiet von Bremen Ges. v. 1. Juli 1850 u. 10. Febr. 1854.

In Mecklenburg hat keine Zwangsablösung stattgefunden.

[61]) Oben § 100 V. — Preuß. Verf. U. art. 42, Ges. v. 2. März 1850. § 91; doch darf bei Ueberlassung des Eigenthums ein fester Zins vorbehalten werden, Verf. Urk. art. 42. — Sächs. Ablös. Ges. v. 17. März 1832. § 54, Württ. Ges. v. 1817 (v. Wächter I. S. 998). — Kraut § 114. no. 7, 8.

[1]) Zimmerle das deutsche Stammgutssystem 1857. S. 256 ff. — Ueber Lüneburg: Lüneb. Reform. II. 1. § 3, IV. 1. § 15 (Pufendorf IV. p. 654 f., 716), Pufendorf obs. III. no. 15. — Ueber Lübeck Pauli Abhh. aus dem Lüb. R. I. 1837, v. Wilmowski S. 29. — Ueber Hamburg: Dreves Abhh.

Der Begriff und Umfang der Erbgüter läßt sich aber nur partikularrechtlich bestimmen, — ob zu ihnen bloß die von den Ascendenten oder auch die von den Collateralen ererbten Güter gehören, ob einmalige Vererbung genügt oder mehrmalige erfordert wird, ob auch das bei einer Absonderung oder Verheirathung erhaltene Gut Erbgut wird u. s. w.[2]). Ebenso galten auch sehr verschiedene Grundsätze darüber, welche Erben und bei welchen Veräußerungen sie den Eigenthümer beschränken konnten und ob sie ein Revokations- oder Vorkaufs- oder Retraktrecht hätten[3]).

In den Hansestädten ging der ursprüngliche Gedanke ganz verloren und wurde der Begriff des Erbguts völlig umgewandelt. Die Disposition unter Lebenden wurde frei gegeben, doch sollte der gesammte Werth des von den Blutsfreunden ererbten Vermögens, auch wenn es in Mobilien bestand, ungeschmälert den nächsten Erben hinterlassen werden, außer wenn sie in die sie benachtheiligenden Dispositionen willigten. So entwickelte sich eine Beschränkung in der testamentarischen Verfügung und ein eigenthümliches Pflichttheilsrecht[4]). Auch in dieser Gestaltung ist das Recht des Erbguts in neuerer Zeit

---

aus dem Hamb. Erbrecht I. Hamb. 1837, Pauli in d. Ztschr. f. dtsches R. X. S. 325—349, Baumeister II. S. 294 ff.

[2]) Vgl. oben § 87. II. 5, § 90 N. 4, Kraut § 248. no. 1—4; Butjad. Landr. art. 17 (bei Pufendorf IV. p. 604), Walch Näherrecht S. 354 ff., Maurenbrecher rheinpreuß. Provinzialrechte I. S. 275 N. 87, Zimmerle S. 257 N. 1, Homeyer Hantgemal S. 37, Walter § 187, v. Stemann II. S. 364.

[3]) z. B. wird die Bestimmung im Sachsensp. I. 52 durch die Const. Sax. II. 12 dahin authentisch interpretirt, daß die Beschränkung nur für Erbstammgüter, welche mindestens von den Großeltern her acquirirt sind, und zu Gunsten der Descendenten des Veräußerers in donatione simplici inter vivos, aber nicht bei letztwilligen Dispositionen gelte; Schenkungen ohne Genehmigung der Kinder seien ungültig; aber es sei zulässig, solche Güter einem der Kinder vor den andern inter vivos zuzuwenden. Beim Verkauf giebt Const. Sax. II. 31 den Kindern ein Vorkaufsrecht, Haubold § 317, 396.

[4]) Ueber Hamburg Baumeister II. S. 303 ff., welcher S. 307 bemerkt, daß das eigentliche Beispruchsrecht sich schon vor dem Anfange des 17. Jahrhunderts verloren habe; über Lübeck Plitt das Lübeckische Erbrecht nach dem Ges. v. 10. Febr. 1862. 2. Aufl. 1872. S. 145 f. N. 196; auch Pauli Abhh. I. S. 181 ff., Seuffert II. no. 83.

gefallen[5]) und in seiner alten Bedeutung hat es sich wohl nirgends erhalten[6]), so daß auch ererbte Grundstücke frei von Beschränkungen durch die Erben in den Städten veräußert werden dürfen[7]).

II. Dagegen erhielten sich die alten Veräußerungsbeschränkungen zum Theil im Adel für die ererbten Stammgüter (bona aviatica, stemmatica). Was den hohen Adel betrifft, so gab er in seinen Hausgesetzen und Familienverträgen die alten Grundsätze wieder, um den Glanz des Hauses durch Festhalten des Familienbesitzes zu bewahren[7a]), und stellte auch eigenthümliche erbrechtliche Normen auf, um durch Untheilbarkeit und durch Vererbung im Mannsstamme die

---

[5]) In Pommern sind die noch am Ende des vorigen Jahrhunderts, wenn auch mit Abschwächungen geltenden Beschränkungen des Lübischen Rechts in diesem Jahrhundert ohne Aufhebung durch die Gesetzgebung ganz außer Uebung gekommen, v. Wilmowski S. 35 ff., 38: „die ganze Lehre ist dem Bewußtsein der Laien und mit seltenen Ausnahmen auch den Juristen entfallen und Niemand denkt daran, Ansprüche daraus geltend zu machen." — In Schleswig hob die VO. vom 23. Nov. 1798 (v. Stemann II. S. 364), in Holstein v. 10. Juni 1803 (Falck V. S. 173, Paulsen § 29) allgemein allen Unterschied zwischen wohlgewonnenem und Erbgut in Betreff der Dispositionsfreiheit auf. — In Bremen fielen die Beschränkungen durch die Erbe- und Handfesten O. v. 1833 § 12, in Hamburg durch das Ges. v. 20. Febr. 1861. § 1, welches Statt. III. 1. art. 4—10 aufhebt, in Lübeck durch das Ges. v. 10. Febr. 1862. art. 28: „Alle Verbote und Beschränkungen, welche in Betreff der Verfügung über Erbgut, sei es unter Lebenden oder auf den Todesfall, bisher Rechtens waren, sind für die Folge aufgehoben"; vgl. dazu Plitt S. 145 ff.; auch in den Lübischen Dörfern gelten sie nicht mehr, S. 148 f.

[6]) Die sächsischen Bestimmungen (vgl. N. 3) galten schon vor Erlaß des bürgerl. Gesetzbuchs nicht mehr, Schmidt I. S. 430; über die sächs. thür. Rechte Heimbach § 326. N. 9.

[7]) Es wird dies in allen Lehrbüchern des deutschen Privatrechts, auch noch von Gengler Privatr. (3. Aufl. § 53) übersehen. v. Gerber § 82 N. 8 sagt zwar: „das ganze Institut ist seinem Verschwinden nah", führt doch aber anderseits in N. 2 u. 3 eine größere Zahl von städtischen Statuten und Landrechten an, in denen es sich erhalten habe.

[7a]) Heffter die Sonderrechte der vormals reichsständischen Häuser Deutschlands. 1871. S. 174: „Zwar läßt sich ein bestimmtes gemeines Herkommen dieser Art, selbst im Kreise des deutschen hohen Adels, für die spätere Zeit nicht erweisen; indessen hat theils das Familien-, theils das Landesinteresse zu conservativen Hausordnungen Anlaß gegeben, auch haben die Einsprüche der Erbfolger gegen unnöthige Veräußerungen bei Kaiser und Reichsgerichten einen Rechtsschutz gefunden."

Stammgüter bei der Familie zu erhalten (vgl. darüber unten im Erbrecht). Aber trotz dieser in den autonomischen Bestimmungen sich aussprechenden Tendenzen steht das adlige Stammgut nicht im Eigenthum der hochadligen Familie, sondern im Eigenthum des Besitzers, welcher aber verpflichtet ist, das Gut nicht aus dem Kreise der Familie heraus zu veräußern[7b]).

Für den niedern Adel — abgesehen von den Hausgesetzen einzelner Familien der reichsunmittelbaren Ritterschaft[8]), welche ja überhaupt in Rücksicht auf Vermögens- und Familienrecht dem hohen Adel gleich steht, — bestehen heutzutage nur höchst partikulär Rechtsnormen, wonach er seine ererbten Grundstücke nur mit Genehmigung der Familiengenossen veräußern darf[9]). Wohl aber sind partikular-

---

[7b]) Duncker Gesammteigenthum S. 122 ff. — Die entgegengesetzte Ansicht, daß das Stammgut der hochadligen Familie als Korporationsvermögen gehöre, wird auch gegenwärtig mehrfach vertheidigt, besonders von Beseler in Grünhut's Ztschr. V. S. 541 und von Gierke a. a. O. S. 560, 568 f., 582, 586, 588 f. Da wir die Familie, insbesondere auch die hochadlige Familie nicht als ein Rechtssubjekt, eine juristische Person betrachten, können wir auch kein derartiges Korporationsvermögen annehmen. — Beseler und Gierke berufen sich besonders auf die im Adel bestehende Ansicht, daß die Familie eine Einheit sei; man müßte daher auf die in den Hausgesetzen gebrauchten Ausdrücke Gewicht legen, es gehöre das Vermögen dem Hause, es sei der jeweilige Besitzer bloß Verwalter, Besitzer, Nutznießer. Gierke S. 582 sagt: „Bei dieser thatsächlichen Gestaltung der hochadligen Familie als Genossenschaft mit genossenschaftlichem Eigenthum und bei der ihr durchaus korrelaten Rechtsüberzeugung des betheiligten Standes ist es im Grunde gleichgültig, wie sich die Juristen die Sache vorgestellt haben oder vorstellen". — Mit demselben Recht könnte auch für die Familie des niedern Adels, für welche Gierke dies leugnet, gesagt werden, sie sei eine Korporation und das in einer Familie des niedern Adels vorhandene Fideikommiß sei Korporationsvermögen der betreffenden Familie; denn unleugbar lebt auch zum Theil im niedern Adel diese Anschauung und sie hat auch in der Gesetzgebung Ausdruck erhalten. Wenn Gierke es für gleichgültig erklärt, wie sich die Juristen die Sache vorstellen, so möchte ich umgekehrt sagen, es sei gleichgültig, wie sich der Adel die Sache vorstellt. Denn es handelt sich nicht um einen praktisch verwerthbaren Rechtssatz, sondern um eine Frage der Konstruktion und diese wird von den Juristen beantwortet. — Vgl. auch unten § 140 N. 1 und 2.

[8]) Vgl. auch Zimmerle S. 276 f. N. 30.

[9]) Meiner Meinung nach wird in den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts (zuletzt noch Gengler (3. Aufl.) § 52) es nicht genügend hervorgehoben,

daß für den niedern Adel diese Grundsätze fast nirgends mehr gelten; auch liegt kein Grund zu dem traditionellen Satz vor, daß bei den adligen Stammgütern die Söhne das Revokationsrecht, die Agnaten das Retraktrecht haben. Mit Recht polemisirt Wippermann kleine Schriften I. S. 50 N. 5 gegen die Phantasien, welche über dies Thema vielfach vorgetragen werden. — Roth B. II. § 217 N. 3 bemerkt: „Stammgüter werden in Baiern jetzt nur bei dem hohen Adel erwähnt."

Von Landesgesetzen für den niedern Adel sind mir derartige Bestimmungen nur aus dem Hannöverschen bekannt; vgl. besonders das Bremische Ritterrecht v. 19. April 1847 (über das ältere Bremische Ritterrecht von 1577 vgl. Stobbe Geschichte der Rechtsquellen II. S. 343 f. u. Zimmerle S. 276 N. 30), welches von der Hannöverschen Regierung bestätigt ist (das Statut ist auch abgedruckt in Ebhardt die Staatsverfassung des Königreichs Hannover. 1860. S. 400—420, vgl. darüber auch Wachsmuth in d. Magaz. für Hannov. Recht VIII (1858) S. 7 ff.). Die Ritterschaft beschloß „für ihre jetzigen und künftigen Mitglieder und deren eheliche Nachkommenschaft Erbstammgüter einzuführen"; § 2: „die Eigenschaft eines Erbstammguts wird begründet 1. durch ausdrückliche, bei der Ritterschaft entweder persönlich in deren Versammlung oder in einer öffentlichen Urkunde abgegebene Erklärung, 2. durch Erbgang hinsichtlich aller im Herzogthum Bremen belegenen, in der Rittermatrikel aufgeführten Güter der Mitglieder der Bremenschen Ritterschaft, sobald ein Gut einmal im Mannsstamme in grader oder in der Seitenlinie vererbt sein wird." § 16: freiwillige Veräußerungen sind untersagt und können von den Nachkommen und Stammesvettern, sobald sie zur Succession gelangen, revocirt werden, selbst wenn sie Allodialerben geworden sind; doch haben sie im letzteren Falle den Kaufpreis zu erstatten. § 17: gewisse Veräußerungen werden ausnahmsweise unter Zustimmung der nach den Descendenten des Veräußerers nächsten Stammesvettern zugelassen; § 19: die Verpfändung ist nur bis zur Hälfte des Werths gestattet; § 22: wegen Schulden können die Gläubiger auf den nothwendigen Verkauf bringen. — Es werden hier also für die einmal vererbten Grundstücke der Ritterschaft durch Gesetz ähnliche Grundsätze eingeführt, wie sie auf Grund besonderer Dispositionen für einzelne Familienfideikommißgüter festgesetzt werden können. — Vgl. ferner auch die Statuten der Ritterschaft in den Fürstenthümern Calenberg, Göttingen und Grubenhagen v. 4. Sept. 1847 § 86 ff. Nach § 86 entsteht die Stammgutseigenschaft durch ausdrückliche Erklärung oder wenn die betreffenden Grundstücke „bei zwei auf einander folgenden Erbfällen ausschließlich im Mannsstamm vererbt worden sind, ungeachtet gleich nahe Intestaterben weiblichen Geschlechts vorhanden waren"; § 93: Schulden des Guts sollen nur aus den Aufkünften bezahlt werden. — Vgl. auch noch v. Bülow in d. Ztschr. f. Hann. R. VIII S. 234—250 über die Statuten der Ritterschaft des Fürstenthums Lüneburg v. 14. Juni 1863.

Das Jus terrestre nob. Prussiae tit. II. § 1 enthält keine Beschränkungen für Rechtsgeschäfte unter Lebenden. — Ueber landwirthschaftliche Erbgüter vgl. unten § 139 N. 14.

rechtlich für die allodifizirten Lehen, jedoch ohne Rücksicht auf den Stand des Besitzers, die nach Lehnrecht geltenden Veräußerungsbeschränkungen aufrecht erhalten[10]).

Jedenfalls darf man nicht mehr von einem auch nur in seinen obersten Grundzügen gleichmäßig ausgebildeten Institut adliger Stammgüter reden. Es bestehen nur noch Reste des alten Rechts oder es sind von der neueren Gesetzgebung wenig erfolgreiche Versuche gemacht, das alte Institut neu zu beleben.

Die gesetzlichen Veräußerungsbeschränkungen sind gefallen, aber das objektive Recht giebt die Möglichkeit, für einzelne Güter durch besondere Anordnungen ihre Unveräußerlichkeit festzusetzen und so sind einzelne Stammgüter in Familienfideikommisse verwandelt worden.

§ 138. Geschichte des Familienfideikommisses[1]).

Das ältere deutsche Recht verbot Veräußerungen der Grundstücke, besonders der Erbgüter, ohne Genehmigung der Erben. Stimmten dieselben zu oder erhoben sie binnen Jahr und Tag keinen

---

[10]) z. B. Baden'sches Allodifikationsgesetz v. 19. Apr. 1856. § 1: „Familienlehen, auch wenn sie nicht zugleich Stammgüter sind, bleiben im Falle des Ablaufs der Rechte des Lehnsherrn in dem Sinne Familiengut, daß zu Gunsten der übrigen Betheiligten ... bezüglich des Nachfolgerechts und der Erhaltung des Guts durch den jeweiligen Besitzer ... diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten fortdauern, welche im Lehenverhältniß begründet waren." — Ueber Braunschweig vgl. Steinacker S. 592 ff. — Ueber besondere erbrechtliche Grundsätze vgl. unten im Erbrecht.

[1]) Literatur: Phil. Knipschildt de fideicommissis familiarum nobilium sive de bonis quae pro familiarum nobilium conservatione constituuntur. Von Stammgütern Tractatus. Ulma 1654. 4°.; später noch öfter aufgelegt (über dies Werk vgl. Wippermann kleine Schriften I. S. 60 ff. Im J. 1626 hatte Knipschildt, wie er in der Vorrede erzählt, über dies Thema zu Straßburg seine Doktordissertation geschrieben). — Carl v. Salza u. Lichtenau die Lehre von Familien-, Stamm- u. Geschlechts-Fideicommissen. Leipz. 1838. — v. Gerber Beiträge zur Lehre vom deutschen Familienfideikommiß, in s. Jahrbb. I. S. 53—100 und in s. gesammelten jur. Abhh. I. 1872. S. 100—143. — D. Costa Entwickelungsgeschichte der deutschen Familienfideicommisse. München 1864. — Lewis das Recht des Familienfideikommisses. Berl. 1868. — Lewis die in den deutschen Staaten bestehenden gesetzlichen Bestimmungen

Widerspruch gegen die Veräußerung, so konnte das Gut ganz aus der Familie herauskommen. Familienfideikommisse sollen aber absolut unveräußerlich sein und regelmäßig auch nicht getheilt werden.

Schon im 13. Jahrhundert[2]) durfte in Deutschland der Eigenthümer oder durften die Miteigenthümer eines Guts durch besondere Disposition anordnen, daß es niemals unter mehreren Besitzern getheilt werden solle[3]). Auch kommen Dispositionen vor, in welchen

---

über die Familienfideikommisse, in Hirths Annalen 1879 S. 465—500. (Wo ich im folgenden Lewis ohne Zusatz citire, meine ich das größere Buch.)

Eichhorn § 368—371, Beseler § 176, v. Gerber § 83, 84, Bluntschli § 68, Walter § 470—476, Gengler Lehrb. S. 234—242.

Freiesleben die Familienanwartschaft nach dem neuesten sächs. Rechte. Leipz. 1868. — Förster III. § 242, Dernburg I. § 374—379. — Pözl baier. Verf. R. (4. Aufl. 1870). § 51—63, Roth B. II. § 217—236. — Reyscher III. § 677, 678. — Ueber die Hann. Fam. F. C. nach dem Ges. v. 13. Apr. 1836 Wachsmuth im Mag. f. Hann. R. VII. S. 3 ff. — Ueber thüringische Praxis Blätter f. Rechtspfl. in Thür. u. Anh. XX. S. 109 ff.

Ueber die Literatur und Dogmengeschichte Beseler Erbverträge II. 2. S. 75 ff., Zimmerle Stammgutssystem 1857. S. 272—292, Lewis S. 25—35.

Wir folgen der gewöhnlichen systematischen Behandlung und verweisen die erbrechtlichen Grundsätze des Familienfideikommisses, ebenso wie die der Lehen und Bauergüter mit v. Gerber, Bluntschli und Gengler in das Erbrecht. Beseler und Walter stellen das ganze Institut in das Adelsrecht. Gegen beide Behandlungsweisen erklärt sich Unger Erbrecht § 89 N. 3, nach welchem das Familienfideikommiß in das Familiengüterrecht gehört, wohin es denn auch von Förster III. § 242 gestellt ist.

Da das regelmäßige Objekt des Fideikommisses ein Grundstück ist und die Geldfideikommisse unter wesentlich gleichen Regeln stehen, gehört das Institut aus denselben Gründen in's Sachenrecht wie das Recht der Lehen; diese sind ja auch nicht ausnahmslos Grundstücke.

[2]) Es fehlt noch an einer rechtsgeschichtlichen Behandlung des Fam. F. C.; Lewis beginnt erst mit dem 16. Jahrh.; er giebt keine Rechtsgeschichte, sondern nur eine Dogmengeschichte und erwähnt nicht, seit wann und in welchem Umfange in Deutschland Fideicommisse errichtet wurden. Auch die Costa'sche Schrift enthält trotz ihres Titels nichts darüber. — Die nachfolgenden allerdings sehr dürftigen Notizen sind noch nirgends zusammengestellt. — Neuerdings Sally Meyer Beiträge zur Geschichte der fideikommissarischen Substitutionen, insbesondere der bürgerlichen Familien-Fideikommisse in Deutschland (Inaug. Diss.) Bonn 1878 u. dazu ein Nachtrag in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XV. S. 131—137.

[3]) Ganerbschaften vgl. Wippermann kl. Schriften I. S. 5 ff. — Nach Aelfred's angelsächs. Gesetzen c. 41 (in der zweiten Ausg. v. R. Schmid; in

der Veräußerer eines Grundstücks bestimmt, an wen dasselbe, wenn der Erwerber ohne Erben verstirbt, fallen solle[3a]), oder an welche Personen das betreffende Grundstück veräußert werden dürfe und an welche nicht[3b]). Seit dem 14. Jahrhundert hielt man auch testamentarische Dispositionen des Inhalts für rechtskräftig, wonach ein Grundstück nach fester Successionsordnung in der Familie nur immer von Einem aus der Descendenz des Stifters geerbt werden dürfe[4]). Andererseits trat man aber auch solchen für alle Ewigkeit berechneten Dispositionen entgegen; es stehe zu befürchten, daß der Eigenthümer nicht gehörig für die Substanz des Guts sorgen werde; daher sollten

---

der ersten ist es c. 37) kann der Erwerber eines Grundstücks vor dem Könige oder Bischof verordnen, daß Niemand dasselbe verkaufen solle; vgl. darüber und über Angelsächsische Urkunden seit dem Ende des 8. Jahrhunderts, welche eine bestimmte Erbfolgeordnung und die Unveräußerlichkeit vorschreiben, jetzt Brunner zur Rechtsgeschichte der Urkunde. 1880. S. 190 ff.; vgl. auch Schröder Urkunden (2. Aufl.) no. 66.

[3a]) S. Meyer S. 9 ff., 14 ff., 20 ff., 26 f.

[3b]) z. B. Kieler Stadtbuch no. 864.

[4]) Brünner Schöffenb. c. 341: proximus consanguineus et senior ... et postea iterum senior in infinitum; c. 342: omnibus successive a filiis suis descendentibus per lineam masculinam. — Das Kölner Statut vom J. 1385 (Ennen Cöln. Gesch. Quellen V. S. 474) und die Kölner Statuten von 1437. art. 6 kennen den Gebrauch, daß Leute ihre Immobilien „in jren Testamenten oder vor Scheffen, Amptleuten oder anderen Leuten" besetzen oder erlassen, „von Leibserben zu Leibserben zu ersterben, also daß jemandts der Erbe die jhme in solcher maßen besetzt oder erlassen wären, länger dann seine Leibzucht gebrauchen und zu seinen Nöthen nicht antasten, verkauffen noch versetzen möchte" u. s. w. — In Mainz sind in der ersten Hälfte des 15. Jahrh. solche Verfügungen gleichfalls zulässig und werden dort durch Treuhänder aufrecht erhalten, Städtechroniken XVII. S. 218 f. — Auch die Magdeb. Schöffen sagen (Magd. Fr. I. 12. d. 1 und im Rechten Weg, Böhlau Ztschr. IX. S. 32 N. 97), man könne sein Gut vergeben vor Gericht, wie manchen personen er will, noch dem eynen uff den andern zu komende; vgl. über diese Bestimmung zuletzt S. Meyer S. 1 ff. — Interessant ist der Brief des Hans Baumgartner an Zasius vom J. 1538 (Zasii epistolae ed. Riegger p. 507): er habe von einem Gelehrten gehört, daß er unter und mit seinen Söhnen ein Statut errichten dürfe, wonach sein Hab und Gut bei seinem männlichen Samen und Namen, d. h. dem Mannsstamme, beständig bleiben möge; auf ein solches Statut würde wohl eine kaiserliche, vielleicht auch päpstliche Confirmation folgen müssen. Zasius möge ihm ein solches Statut entwerfen, aber die Angelegenheit geheim halten, da er gehört habe, das solches nit ein prauchlich ding sey.

die Verfügungen nur für bestimmte Grade Gültigkeit haben[5]). Es dauerte lange, bis diese Dispositionsbefugniß zur allgemeinen Anerkennung gelangte[6]).

Ein besonderes Interesse hatte der Adel daran, den splendor familiae durch Festsetzungen zu erhalten, welche der Zerstückelung des Familienvermögens, der Vererbung der Immobilien auf weibliche Verwandte und der Veräußerung außerhalb der Familie vorbeugten. Während die Familien des hohen Adels ihr Ziel durch Familienverträge und Hausgesetze erreichten, bildete sich besonders seit dem 16. Jahrhundert auch für den niedern Adel und für das ihm gleichgestellte städtische Patriziat oder in noch weiterm Umkreis für den Bürgerstand überhaupt das Gewohnheitsrecht aus, daß sie durch Stiftungen für ewige Zeiten unabänderlich das Schicksal ihres Vermögens normiren dürften[7]). Um Anfechtungen von Seiten des Römischen Rechts zu begegnen, zog man zur Unterstützung die Novelle 159 von Justinian herzu[8]), wonach für Vermächtnisse fideikommissarische Substitutionen zu Gunsten der Familie in der Art erfolgen können, daß sie von einem Familienglied an das andere dem Grade nach nächste fallen und erst in der vierten Hand von jeder Veräußerungsbeschränkung frei werden sollten[9]). Wenn man zunächst jene

---

[5]) Köln. Statt. a. a. O. (N. 4) nur „biß auf das dritte Glied"; Kölner Rechtsordn. v. 1663. I. § 13: nicht weiter, „als auf den dritten Erben, den Ersteingesetzten mit einschließlich"; in der vierten Hand sollen die Güter zu des Besitzers willkürlicher Disposition stehen.

[6]) Fichard consilia I. no. 7. § 15 ff. z. B. behauptet, daß durch dieselben Niemand seine Nachkommen binden und ihre facultas testandi beschränken dürfe. — Jedenfalls ist nach den angeführten Materialien die Behauptung Beseler's § 176 N. 3 zu modifiziren, daß sich in Deutschland vor dem 17. Jahrh. keine eigentlichen Familienfideikommisse finden und daß das älteste Gesetz über dieselben ein Baier. Mandat von 1672 sei.

[7]) Mit Recht weist Roth B. II. § 217 darauf hin, daß solche Dispositionen nicht, wie man meistens annimmt, gegen das Röm. Recht gerichtet waren, um die Ausschließung der cognatischen Erbfolge aufrecht zu erhalten. Denn diese Ausschließung war lange vor Einführung des Röm. Rechts gefallen.

[8]) In den Kölner Bestimmungen (N. 5) findet unzweifelhaft eine Einwirkung des Römischen Rechts statt. — Vgl. auch v. Gerber Privatrecht § 83. N. 2.

[9]) Ueber dies römische Familienfideikommiß Lewis S. 3 ff., 439 ff., Windscheid III. § 637.

deutschen Stiftungen auch nur bis zur vierten Generation wirken lassen wollte, so wurde diese Grenze doch schon im 17. Jahrhundert verworfen, die Gültigkeit des Stiftungswillens für alle Ewigkeit behauptet[10]), das Institut aus den Fesseln des römischen Rechts befreit und nur der in jener Uebergangszeit gewählte römische Namen, Familienfideikommiß, beibehalten[11]).

Das Familienfideikommiß wurde ein allgemein verbreitetes, auf Gewohnheitsrecht beruhendes[12]) und durch die Doktrin ausgebildetes Institut, welches seit dem baierischen Landrecht auch in den Gesetzbüchern eingehend geregelt wurde[13]). Die neuere Gesetzgebung ist

---

[10]) Schon von Knipschildt; vgl. Lewis S. 27 f., 439 ff.; v. Gerber § 83 N. 7.

[11]) Da Jeder weiß, daß nicht ein römisches Institut gemeint sei, ist es ein überflüssiger Purismus, den Namen zu verwerfen und statt desselben mit Reyscher und Bluntschli „Stammgutsstiftung" oder „Familienstiftung" zu sagen; der letztere Ausdruck führt überdies Verwechslungen mit den Stiftungen herbei, welche juristische Personen sind. — Das Baden'sche Gesetzbuch und weitere Baden'sche Gesetze bezeichnen das Fideikommiß als Stammgut, was gleichfalls zu Verwirrungen Anlaß giebt.

[12]) Ich bezweifele, daß es mit v. Gerber Abhh. I. S. 127 ff. und den meisten andern Schriftstellern als ein Institut des gemeinen Rechts, welches auf gemeinem Gewohnheitsrecht beruht, zu bezeichnen ist (über den Begriff des gemeinen Gewohnheitsrechts vgl. oben I. § 23. 2), vielmehr bedarf es zu seiner Anwendung einer besondern Anerkennung im Partikularrecht, sei es in einem Gesetz, sei es in einem Gewohnheitsrecht. — Da eine solche Stiftung im Verlauf der Zeit möglicherweise Pflichttheilsrechte der Descendenten eines Fideikommißeigenthümers verletzt, muß ein Rechtssatz die Befugniß des Stifters anerkennen, die allgemeinen erbrechtlichen Grundsätze durch seine Festsetzung zu durchbrechen. Und ebenso bedarf es eines Rechtssatzes, um die Unveräußerlichkeit für ewige Zeiten anordnen zu dürfen. — Walter § 470 N. 4 erklärt sich auch gegen die Gemeinrechtlichkeit; gegen seine Motivirung freilich erhebt v. Gerber mit Recht Einwendungen. — Auch würde mit der Behauptung der Gemeinrechtlichkeit noch wenig erreicht sein, da es sich für jedes Land weiter darum handelt, ob Jeder oder nur Adlige Fideikommisse errichten dürfen, welche Form zu beobachten ist u. s. w.

[13]) C. Max. Bav. III. c. 10, Baier. Ed. v. 26. Mai 1818 (Pözl § 51, Roth II. § 217). — Preuß. Landr. II. 4. § 47—226. — Baden'sches GB. art. 577^{aa}—^{ov}. — Oestr. GB. § 618—646. — Weimar'sches Ges. v. 22. Apr. 1833. — Hann. G. v. 13. Apr. 1836 (Grefe II. S. 289 ff.). — Braunschw. G. v. 28. März 1837 (Steinacker S. 592 ff.) u. v. 20. Mai 1858. — Großherzogl. Hess. G. v. 13. Sept. 1858. — Sächs. GB. § 2527—2541. — Anhalt. G. v. 17. Apr. 1870.

in verschiedenen Epochen den Fideikommißstiftungen abgeneigt gewesen. Nachdem Gesetze der französischen Revolution sie aufgehoben und der Code civil art. 896 die Beschränkung der Erben verboten hatte, sollten während der französischen Herrschaft auch in Deutschland keine neuen Fideikommisse errichtet und die vorhandenen aufgehoben werden[14]). Doch wurden diese Gesetze bald wieder beseitigt[14a]). Mit dem Jahre 1848 wurde das Institut von neuem bedroht: die Grundrechte des deutschen Volks § 38 dekretiren die Aufhebung der Fideikommisse und verlangen, daß die Landesgesetzgebungen dieselbe durchführen. Aber wenn auch einzelne Staaten das Prinzip wiederholten[15]), oder ausführende Gesetze erließen, sind diese doch in den folgenden Jahren wieder aufgehoben und bestehen die Familienfideikommisse in den meisten deutschen Staaten weiter zu Recht[16]).

§ 139. Die Errichtung des Familienfideikommisses.

I. Familienfideikommiß nennen wir eine Stiftung, durch welche der Eigenthümer oder ein sonst zu solchen Dispositionen berechtigter Besitzer (z. B. ein Vasall) die Unveräußerlichkeit eines Grundstücks oder sonst geeigneten Objekts und die ununterbrochene Vererbung desselben in seiner Familie bis zu ihrem Ausgang oder bis zu einer von ihm angegebenen Grenze[1]) festsetzt[2]). Regelmäßig wird in der

[14]) Wilda Zeitschr. f. d. R. III. S. 268 ff., Lewis S. 463 ff. — Ueber Würtemberg v. Wächter I. S. 821 ff., Reyscher III. § 677.

[14a]) Vgl. z. B. Rönne Preuß. Staatsr. (3. Aufl.) I. 2. § 108 S. 316 f. N. 3.

[15]) z. B. Preuß. Verf. Urk. art. 40, 41.

[16]) z. B. die Artikel der Preuß. Verf. Urk. durch das Gesetz vom 5. Juni 1852; das Braunschweig. sie aufhebende Gesetz v. 19. März 1850 durch Gesetz v. 20. Mai 1858; das Lippe'sche Gesetz v. 4. Sept. 1849 durch einseitige landesherrl. VO. v. 2. Mai 1854. — Dagegen ist das Oldenburgische sie beseitigende Gesetz v. 28. März 1852 durch die Verf. Urk. v. 22. Nov. 1852. art. 213 bestätigt: „Lehnsverband, Familienfideikommisse und Stammgüter bleiben aufgehoben." — Vgl. auch Lewis S. 465 ff.

[1]) Preuß. Ldr. II. 4. § 23: „durch mehrere Geschlechtsfolgen"; Oestr. GB. § 618: „für mehrere Geschlechtsfolgen"; v. Gerber Priv. R. § 84 N. 1 polemisirt gegen eine solche Beschränkung.

[2]) Fideikommiß heißt sowohl die Stiftung als das gestiftete Vermögen. — Wippermann kl. Schriften I. S. 57 f. erklärt sich dagegen, die Unveräußerlich-

Stiftung auch eine besondere Successionsordnung, meistens Untheilbarkeit, Individualsuccession, angeordnet. Während für Stammgüter auf Grund des Gesetzes eine Veräußerungsbeschränkung besteht, beruht beim Familienfideikommiß das Veräußerungsverbot auf der Stiftung[2a]). Der Wille des Stifters bestimmt die Rechtsverhältnisse des Familienfideikommisses, regelt die Succession in Rücksicht auf Ordnung und Folgefähigkeit und setzt den Umfang des Fideikommißgegenstandes für alle Zeiten fest, so daß er durch Handlungen eines Besitzers nicht verringert, nicht mit Schulden belastet werden darf u. s. w.

Das Familienfideikommiß unterscheidet sich von der Familienstiftung. Bei letzterer entsteht ein neues Rechtssubjekt und ist der Familienangehörige auf Grund der Stiftung nur berufen, die Nutzungen des gestifteten Vermögens zu erhalten, wogegen bei dem Fideikommiß das durch die Errichtung berufene Familienmitglied Eigenthümer des Vermögens wird und nur in der Disposition und Veräußerung beschränkt ist[3]).

II. Wenngleich sich die Fideikommisse ursprünglich als Institut des Adels[4]) (und städtischen Patriziats) entwickelten, so ist doch

---

lichkeit an die Spitze zu stellen; das wesentliche sei die Vererbung in einer bestimmten Familie. Der Streit ist müßig; durch die Unveräußerlichkeit wird die Vererbung in der Familie bewirkt und umgekehrt ist die ewige Vererbung in einer bestimmten Familie nur durch die Unveräußerlichkeit herbeizuführen.

[2a]) Gierke in Grünhut's Ztschr. V. S. 584 f.

[3]) v. Gerber Abhh. I. S. 104 f., 116 f., 149 ff. Eine Zusammenstellung der verschiedenen Meinungen über den Unterschied bei Förster III. S. 708—711. — Reyscher, Heimbach, Förster stellen in unsystematischer Weise die Familienstiftungen und Familienfideikommisse unmittelbar neben einander dar.

[4]) Kein Grund liegt vor, mit Lewis S. 34 f. (auch bei Hirth S. 468 N. 1) und G. Meyer die Fideikommisse der hochadligen Familien von der Betrachtung auszuschließen. Daß diejenigen Güter, für welche nach den Hausgesetzen des hohen Adels besondere Bestimmungen, insbesondere betreffend die Veräußerung und Vererbung gelten, nicht hieher gehören, ist zweifellos. Insoweit aber eine Person von hohem Adel für ein konkretes Gut ein Fideikommiß errichtet, wird dasselbe, falls nicht das Hausgesetz auch Bestimmungen über Fideikommisse enthält, den regelmäßigen für sie geltenden Rechtsgrundsätzen unterworfen. — Vgl. auch noch zu N. 15. — In Baiern sind die Fideikommisse des hohen Adels von der gewöhnlichen Gesetzgebung ausdrücklich ausgenommen, Roth I. § 30 N. 25.

h. z. T. im allgemeinen Jeder zur Fideikommißstiftung berechtigt[5]); nur nach einzelnen wenigen Partikularrechten ist der Adel in dieser Beziehung bevorzugt[6]).

III. Gegenstand eines Fideikommisses können nur solche Vermögensobjekte sein, welche einen dauernden Genuß gewähren, ohne durch denselben aufgezehrt zu werden[7]), hauptsächlich Grundstücke, den Grundstücken gleich geachtete Rechte, insbesondere auf Grundstücken haftende Gefälle[8]), zinstragende sicher gestellte Kapitalien[9]) u. s. w.[10]), aber auch Mobilien, wenn sie jene Eigenschaft be-

[5]) Preuß. Ldr. II. 4. § 47; die Bestimmung II. 9. § 40, daß nur Adlige Rittergüter für Fideikommiß erklären dürfen, gilt nicht mehr, da auch Nicht-Adlige Rittergüter erwerben dürfen und die Standesvorrechte gefallen sind. — Haubold § 394. Zus. 1, Roth Kurh. I. S. 187 N. 8, Unger I. S. 309 N. 9, Falck IV. S. 235 f., Paulsen § 45; Gutachten des Stuttg. O. Trib. v. 1857 bei Schletter Jahrbb. VII. S. 30. — v. Gerber Abhh. I. S. 136 f., Lewis S. 40 ff.

[6]) Obgleich C. Max. Bav. III. 10. § 5 auch Unadlichen das Fideikommittiren einräumt, bestimmt das Baier. Ges. v. 1818 (Kraut § 39. no. 21), daß Fideikommisse künftig nur zum Vortheil Adliger errichtet werden sollen. Pözl § 53 N. 1, Lewis S. 42 u. Roth II. § 220 N. 1 sagen, es würden dadurch Bürgerliche nicht von der Errichtung ausgeschlossen. Ich bin entgegengesetzter Ansicht, da es kaum zu erwarten steht, daß Bürgerliche zu Gunsten einer adligen Familie ein Fideikommiß stiften werden und an einen derartigen Fall der Gesetzgeber kaum gedacht haben wird. — Auch das Baden'sche GB. scheint keine bürgerlichen Fideikommisse zu kennen, da die art. 577[ed] u. 577[em] in ihren Detailbestimmungen nur von Fideikommissen des Ritter- und Herrenstandes sprechen.

Bluntschli § 682[e] schlägt vor, dem Stifter und seiner Familie zu Folge der Stiftung den ritterschaftlichen Adel zu geben.

[7]) Gewöhnlich wird eine fruchttragende Sache erfordert, z. B. Eichhorn § 368, v. Gerber § 84 N. 4, Lewis S. 48; es können aber auch Bibliotheken, Kunstwerke, Möbel u. s. w. Objekt der Stiftung sein.

[8]) Weimar'sches Ges. v. 1833. § 6, Baier. Edikt v. 1818. § 3.

[9]) Geldfideikommisse, in denen Hypotheken-Kapitalien, Staats-Anleihen, Kreispapiere, Communalanleihen, Prioritäten u. s. w. zum F. F. verwendet werden. Lewis (bei Hirth S. 468) hat seine frühere Ansicht (S. 53), daß abgesehen von Hypothekenkapitalien nur Staatsanleihen geeignet seien, aufgegeben. — Die Geldfideikommisse nähern sich den Stiftungen an, da der Berechtigte den mühelosen Zinsgenuß hat und, wenn er auch Eigenthümer des Kapitals ist, doch in der Disposition über dasselbe noch mehr eingeschränkt ist als bei Grundstücken.

sitzen und Partikularrechte keine Einschränkung enthalten[11]). In vielen Gesetzen wird ein Minimum des Werths oder Ertrages des Fideikommisses, in manchen auch ein Maximum festgesetzt[11a]). Lehngüter können für Fideikommisse erklärt werden, insofern die Rechte des Lehnsherrn und der Agnaten, Mit- oder Eventualbelehnten nicht alterirt werden[12]). Da eine solche Stiftung nur jede Veräußerung

---

Einzelne Partikularrechte, welche nur Grundstücke als Objekt zulassen, führt Lewis S. 51 an. — v. Gerber Abhh. S. 123 sagt, daß zu einem wahren (!) Fideikommiß ein größeres ländliches Grundstück erfordert werde.

[10]) Das Preuß. Ldr. II. 4. § 48 erklärt nur Kapitalien und solche Grundstücke für geeignet, mit welchen Ackerbau und Viehzucht verbunden ist, also keine bloßen Häuser. Ebenso Baier. Ed. §. 3. — Baden'sches GB. art. 577[eb] liegenschaftliches Vermögen jeder Art.

[11]) Dies wird z. B. ausgeschlossen durch das Preuß. Landr. II. 4. § 61, das Baier. Ed. § 3, und allgemein behaupten v. Gerber § 84 N. 5, Lewis S. 53 ff. u. A., daß Mobilien nur in Verbindung mit Grundstücken Gegenstand eines Fideikommisses sein dürfen. Warum sollen aber nicht auch ohne ein Grundstück kostbare Gemälde, eine Kupferstichsammlung, werthvolle Silbergeschirre und ähnliches, wobei der Genuß im Besitz oder Gebrauch besteht, durch eine Stiftung für unveräußerlich erklärt werden? Bluntschli § 68. 2b scheint es zulassen zu wollen, indem er bewegliches Vermögen für geeignet erklärt, „wenn dasselbe als Sammlung ein bleibendes und abgeschlossenes Dasein hat.“ Der Cod. Max. Bav. III. 10. § 7. no. 4 nahm auch nur solche Mobilien aus, „welche von keiner Dauer seynd, sondern durch den Gebrauch konsumirt zu werden pflegen“, und das kgl. schwedische Gesetz v. 1686, welches in Livland Eingang fand, erklärt § 5 auch Juwelen für ein Fideikommißobjekt, vgl. v. Bunge d. liv- u. esthländ. Privatr. 2. Aufl. II. 1848. § 401 N. b. — Freilich spricht gegen diese Behandlung der Mobilien der Umstand, daß sich die Publizität eines solchen Fideikommisses schwer erreichen läßt, woher, wenn auch die Unveräußerlichkeit angeordnet sein mag, doch die Grundsätze von der Revocirbarkeit veräußerter Fideikommißgegenstände keine uneingeschränkte Anwendung finden können.

[11a]) Bei Grundstücken ein Reinertrag von mindestens 2500 und höchstens 10,000 Thalern, außer mit landesherrlicher Genehmigung; für Geldfideikommisse genügt ein Kapital von 10,000 Thalern, Preuß. Ldr. II. 4. § 51, 56, 59; vgl. auch Pommer'sches Lehnsges. v. 1856. § 1. — 4000 bis 8000 Gulden bei Fideikommissen des Ritterstandes, 15,000 bis 30,000 Gulden bei denen des Herrenstandes Baden'sches GB. art. 577[ed]. — Mindestens 3000 Thaler Ertrag, Braunschw. Ges. v. 1858. § 1. — Kraut § 249. no. 6. — Vgl. auch die Zusammenstellung bei Lewis S. 85 ff.

[12]) Pr. Ldr. II. 4. § 50 verbietet die Verwandlung von Lehn in Fideikommisse, gestattet aber mit Einwilligung der Interessenten die Einführung der fideikommissarischen Successionsordnung.

oder Verschuldung des Lehns untersagt und die Rechte des Lehnsherrn nicht beeinträchtigt, bedarf es seines Consenses nur da, wo ihn das Partikularrecht ausdrücklich fordert[13]). Bauergüter in gutsherrlichem Verbande eignen sich zur Stiftung dann, wenn an ihnen ein festes Erbrecht mit bestimmter Successionsordnung besteht und das Gut auch an einen Erben gelangen kann, welcher keine persona habilis ist[14]).

IV. Fideikommisse entstehen nur durch eine besondere Stiftung, nicht durch Gesetz oder Gewohnheit, Observanz oder Verjährung[15]). Es kann das Gut entweder ausdrücklich für ein Fideikommiß, Majorat u. s. w. erklärt oder die Unveräußerlichkeit im Interesse einer Familie so bestimmt ausgesprochen sein, daß sich die Fideikommißeigenschaft mittelbar durch Interpretation ergiebt[16]).

---

[13]) Lewis S. 69 ff., Roth Meckl. Lehnr. § 53. — Manche Gesetze fordern den lehnsherrlichen Consens, bestimmen aber, daß er nicht verweigert werden dürfe, wenn die Rechte des Lehnsherrn nicht alterirt werden; vgl. Kraut § 249. no. 8, 9, Haubold § 394 N. b, Lewis S. 75 ff. — S. Weimar'sches Ges. v. 1833. § 5: seine Genehmigung ist nur erforderlich, wenn etwas an der Successionsordnung geändert wird.

[14]) Ueber diese ziemlich unpraktische Frage Lewis S. 79 ff. Das Preuß. Landr. II. 4. § 49 spricht den Bauergütern die betreffende Qualität ab.

Ueber die landwirthschaftlichen Erbgüter, welche nach dem Baier. Ges. v. 22. Febr. 1855 in Folge einer Stiftung eine dem Fideikommiß verwandte Natur annehmen können, vgl. Roth II. § 237, Gengler (3. Aufl.) § 55, Bärnreither Stammgüter-System. 1882. S. 9 ff. Es sind dieselben ein legislatorisches Gebilde ohne realen Werth, da es bis zum J. 1872 nur 4 solche Erbgüter in Baiern gab; Bluntschli § 69 räumt diesem neuen Institut eine zu große Bedeutung ein. — Im Großherzogthum Hessen ist das Institut der landwirthschaftlichen Erbgüter in großentheils übereinstimmender Weise durch Gesetz vom 11. Sept. 1858 eingeführt. Danach kann der freie Eigenthümer eines Landguts von mindestens 15,000 Gulden Werth durch gerichtliche Urkunde oder Testament unter landesherrlicher Bewilligung dasselbe für ein Erbgut erklären. In Folge davon darf der jeweilige Eigenthümer das Gut nur mit Zustimmung sämmtlicher Anerben veräußern, verpfänden oder mit Lasten beschweren und fällt dasselbe immer nur an einen Erben; die übrigen werden abgefunden; die Erbgutseigenschaft erlischt durch Widerruf des Stifters, Abgang aller Anerben oder Einverständniß aller Betheiligten.

[15]) Gemäß der ältern Theorie läßt der C. Max. Bav. III. 10. § 2. no. 4 Fideikommisse auch durch Observanz entstehen; vgl. aber Eichhorn § 368. N. oo.

[16]) Lewis S. 88 ff.

Die Stiftung kann letztwillig, in einem Testament[17]) oder Erbvertrag, oder inter vivos durch einen einseitigen oder vertragsmäßigen Akt erfolgen[18]); jedenfalls bedarf es einer Urkunde, da die Disposition dem Prinzip nach für alle Ewigkeit gelten soll.

Außerdem ist aber auch mindestens, wo es sich um Grundstücke handelt, eine irgendwie öffentliche Erklärung oder obrigkeitliche Bekanntmachung des Stiftungswillens erforderlich; wo Grundbücher bestehen, muß das durch die Stiftung begründete Veräußerungsverbot im Grundbuch eingetragen werden[19]). Denn damit dasselbe

---

[17]) Auch in einem destituten Testament, da es nicht darauf ankommt, daß es in seinen sonstigen Beziehungen zur Ausführung gelangt, sondern daß eine unzweideutige Willenserklärung vorliegt, Seuffert XXIX. no. 255.

[18]) Partikularrechtlich werden nicht alle diese Errichtungsweisen zugelassen, Lewis S. 121 ff. Nach dem Baden'schen Ldr. art. 577°° nur grundgesetzmäßige Familienverträge; nach dem Hannover'schen Gesetz (Kraut § 249. no. 9) einseitige Disposition (vgl. auch Grefe II. S. 501 N. i); Braunschw. Ges. v. 1858. § 1: protokollarische Erklärung. — Maurenbrecher § 217 a. A. sagt, Fideikommisse seien Güter, „welche durch Hausgesetze für unveräußerlich erklärt" sind und spricht auch weiter immer von Hausstatuten, Autonomie u. s. w., entgegen dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, welcher diese Ausdrücke nur beim hohen Adel verwendet.

[19]) Preuß. Landr. II. 4. § 62 ff. (es sollen auch die Fideikommißanwärter im Hypothekenbuch eingetragen werden, zufolge der Auffassung, daß die Familie Obereigenthümerin des Fideikommisses sei); Preuß. Ges. v. 5. Mai 1872, § 10, Grundb. Ordn. § 74 (die Fideikommißqualität wird auf Ersuchen der Fideikommißbehörde eingetragen). — Haubold § 394, Sächs. GB. § 2530 (Frieseleben S. 52 ff., 113 ff.) — Baden'sches GB. art. 577°b. — Baier. Mand. v. 1672, C. Max. Bav. III. 10. no. 2, Baier. Ed. v. 1818. § 22: Eintragung in die Fideikommißartikel und Bekanntmachung in öffentlichen Blättern, Lewis S. 130 ff., Roth II. § 222.

Paulsen § 45 sagt, die öffentliche Bekanntmachung sei nicht nothwendig, aber herkömmlich und der Vorsicht gemäß, und Lewis S. 141 ff. behauptet, daß nach gemeinem Recht eine solche Eintragung nicht gefordert werden könne, ja S. 125, 129 f. auch, daß es gar keiner Schriftlichkeit oder Verlautbarung der Stiftungsurkunde bedürfe. Dieser sog. gemeinrechtliche Standpunkt führt zu einem gemeinen Recht, welches nirgends gilt und durch jedes Partikularrecht widerlegt wird (vgl. auch oben § 5 N. 7). — Gegen meine Bemerkung erklärt sich Lewis bei Hirth S. 475 und bleibt dabei, daß nach gemeinem Recht Formlosigkeit gelte. Er beruft sich dafür auf das Würtembergische, Hessen-Cassel'sche und Schles. Holstein'sche Partikularrecht unter Anführung von Literatur. Das citirte Erkenntniß für Würtemberg (Schletter's Jahrbb. VII. S. 30) sagt

gegen dritte Personen wirke, müssen sie die Möglichkeit haben, es kennen zu lernen[20]).

Regelmäßig[21]) fordern die Partikularrechte überdies noch eine staatliche Bestätigung, sei es ein Akt der gesetzgebenden Gewalt[22]), sei es landesherrliche[23]) oder gerichtliche Bestätigung[24]), öfter auch die Errichtung eines Inventars[25]).

---

nur, daß „landesherrliche oder richterliche Bestätigung" zur Gültigkeit eines bürgerlichen Fideikommisses nicht erforderlich sei. Die Abhandlung von Büff (Arch. f. prakt. R. Wiss. IV. 1857. S. 200—223, auf welche sich einfach Wippermann kl. Schriften III. S. 37 beruft) handelt für Kurhessen von der Frage, ob die landesherrliche Bestätigung erforderlich sei, stellt ein großes Material zusammen und gelangt zu dem Resultat, daß es zweckmäßig sei dieselbe einzuholen. Paulsen § 45 sagt auch nicht, daß formlose Fideikommisse zulässig seien, sondern spricht von Stiftungsurkunden, von Eintragung in die Contraktbücher, und fordert für Verfügungen auf den Todesfall die Form derselben. — Ich möchte fragen, ob ein formloses Fideikommiß überhaupt denkbar ist und ob Lewis im Stande ist ein solches irgendwo nachzuweisen.

[20]) Lewis S. 130 beruft sich für seine Ansicht (N. 19) darauf, daß nach Röm. R. Hypotheken und Veräußerungsverbote auch ohne Veröffentlichung wirksam waren und verfällt so in den Fehler des Romanisirens, den zu vermeiden er sonst so eifrig bestrebt ist. Denn wir kennen, abgesehen von den gesetzlichen, keine Veräußerungsverbote und keine Hypotheken, welche ohne Veröffentlichung resp. Eintragung wirksam wären, und auch nach Röm. Recht macht das auf Privatdisposition beruhende Veräußerungsverbot die erfolgte Veräußerung nicht nichtig; vgl. Windscheid Pand. I. § 172a N. 6 ff.

[21]) Meines Wissens stellen eine solche Forderung nicht auf nur die Hessischen Rechtsquellen, (Wippermann kl. Schriften III. S. 37), das Sächs. GB. (Freiesleben S. 50) und das Würtemb. R. (Stuttg. O. Trib. in Schletter's Jahrb. VII. S. 30); vgl. N. 19. — Wo die Partikularrechte die Bestätigung nicht ausdrücklich verlangen, ist dieselbe aus allgemeinen Gründen nicht zu fordern; Beseler § 176 zu N. 10, Lewis S. 125 ff., Wippermann kl. Schriften III. S. 31 ff. („über Bestätigung der Familienfideikommißverträge"), Seuffert XIX. no. 250 (Celle).

[22]) Oestr. GB. § 627, Ges. v. 13. Juni 1868. § 1; über älteres Oestr. Recht Lewis S. 134 f.

[23]) Preuß. Landr. II. 4. § 56 (für solche Fideikommisse, deren Reinertrag 10,000 Thaler übersteigt), Baden'sches GB. art. 577ee („besondere Staatsbewilligung"), Meckl. Schwerin'scher Bescheid v. 27. Aug. 1803 (landesherrliche Genehmigung), Weimar'sches Ges. v. 22. Apr. 1833. § 1, Braunschw. Ges. v. 1858. § 1; ferner Grefe II. S. 299 f., Heimbach § 325 N. 1 ff.; einzelne Nachweisungen noch bei Lewis S. 138 ff. — Nach dem Sächs. GB. § 2538, falls spätere Abänderungen des Fideikommisses ausgeschlossen sein sollen. — Nach

Um für die Durchführung seines Willens in der Zukunft Sorge zu tragen, kann der Stifter die Bestellung eines Curators für die Stiftung anordnen und die Aufsicht über sie einem Gericht, besonders dem judex rei sitae, übertragen[26]).

So lange noch Niemand aus der Stiftung ein Recht erworben hat, also weder eine vertragsmäßige Errichtung stattgefunden hat, noch Jemand in den Genuß des Guts gekommen ist, kann die Stiftung widerrufen werden[27]). Ist die Fideikommißeigenschaft bereits in das Grundbuch eingetragen worden, so bedarf es der Löschung[28]).

V. Voraussetzung für die Gültigkeit einer Fideikommißstiftung ist, daß der Stifter die völlige Dispositionsfreiheit über das Gut hat[29]) und durch die Stiftung kein Pflichttheilsrecht verletzt. Wird durch Einführung der Individualsuccession ein Notherbe in seinem Pflichttheil verletzt, so hat er, wenn das Fideikommiß erst nach dem Tode des Stifters in Kraft tritt, die querela inofficiosi testamenti, und wenn es bei Lebzeiten des Stifters wirksam wird, eine der querela inofficiosae donationis nachgebildete Klage[30]). Auch kann die Stiftung die Rechte der bereits eingetragenen hypothekarischen Gläubiger, insbesondere ihr eventuelles Veräußerungsrecht, nicht beeinträchtigen[31]); aber auch wegen nicht eingetragener Schulden kann

---

Livländischem Recht, wenn es sich um ererbtes Gut im Gegensatz des wohlerworbenen handelt, v. Bunge a. a. O. (N. 11) II. § 401 N. g.

[24]) Baier. Ed. v. 1818. § 22 (Kraut § 249. no. 7), nach älterm sächs. Recht (Haubold § 394 N. a).

[25]) Sächs. GB. § 2532 vgl. mit § 632, Roth II. § 228. I., Lewis S. 159 f.

[26]) Lewis S. 166 ff.

[27]) z. B. Oestr. GB. § 628.

[28]) Lewis S. 175 ff.

[29]) In Bezug auf Lehn- u. Bauergüter vgl. N. 12.

[30]) Lewis S. 56 ff. — Da beim hohen Adel das allgemeine Pflichttheilsrecht nach den Hausgesetzen nicht zu gelten pflegt, so gilt der obige Satz bei hochadligen Fideikommissen auch nur eingeschränkt; vgl. G. Meyer S. 37 ff., 41 f. — Auch kann nach dem Oestr. GB. § 628 der Stifter selbst das Fideikommiß widerrufen, wenn ihm ein männlicher Erbe geboren wird, der in der Stiftung nicht begriffen ist. — Ein Abzug der quarta Trebellianica ist unzulässig, Köln. RO. v. 1663. I. § 12, Pufendorf I. obs. 146, Lewis S. 61 ff.

[31]) Lewis S. 313.

das Gut, so lange es sich noch in der Hand des Stifters befindet, von den Gläubigern, wenn sie aus dem übrigen Vermögen nicht befriedigt werden, in Anspruch genommen werden[22]).

§ 140. Das Recht des Fideikommißbesitzers.

I. Die ältere Literatur und viele Gesetze nehmen an, daß der Fideikommißbesitzer nicht wirklich Eigenthum, sondern nur ein dominium utile habe, indem das dominium directum der Familie als Gesammteigenthum, als Eigenthum einer juristischen Person zustehe, oder daß das Gut im Miteigenthum des Fideikommißbesitzers und der Anwärter stehe[1]). In der Gegenwart herrscht die Auf-

---

[22]) Dernburg und Hinrichs Preuß. Hyp. R. S. 407.

[1]) Pr. Ldr. II. 4. § 72, 73; Preuß. Reskr. v. 29. Aug. 1809: „sämmtliche Fideikommißinteressenten sind als gemeinschaftliche Eigenthümer oder vielmehr als Miterben zu betrachten"; Preuß. Präj. v. 11. Febr. 1850 (Entsch. XIX. S. 128); vgl. auch Göppert Beiträge zur Lehre vom Miteigenthum. 1864. S. 8 f. — Oestr. GB. § 629: „das Eigenthum des Fideikommißvermögens ist zwischen allen Anwärtern und dem jedesmaligen Fideikommißinhaber getheilt. Jenen kommt das Obereigenthum allein, diesem aber auch das Nutzungs-Eigenthum zu." — Ueber das Baier. Recht Kraut § 250. no. 3 u. 7, Pözl Ztschr. f. d. R. XVI. S. 367, Lewis S. 184 N. 25, Roth II. § 223.

Ueber die Ansichten in der Literatur Duncker Gesammteigenthum S. 122 ff.; Lewis S. 180 ff., vgl. die Citate bei Seuffert X. no. 276. — Auch v. Savigny vertheidigt diese ältere Ansicht, wenn er (Syst. VIII. S. 305 f.) sagt, der Fideikommißbesitzer, ebenso wie der Lehnsbesitzer habe ein lebenslängliches Recht des Fruchtgenusses; bei seinem Tode falle das Gut an den Eigenthümer, d. h. die fideikommißberechtigte Familie, in der Weise zurück, daß ein bestimmtes Mitglied derselben jetzt in den lebenslänglichen Fruchtgenuß eintrete; Lehen und Fideikommisse gehörten gar nicht zur Erbschaft. — Nur mit Bezug auf Stammgüter spricht v. Gerber Abhh. S. 119 eine ähnliche Ansicht aus: „das Gut gehört hiebei der Familie, d. h. der Gesammtheit der Agnaten. Diese wird nicht als eine juristische Person gedacht, sondern als eine natürliche, sittliche Einheit." — Wippermann 1. Heft S. 55 ff. nimmt ein Obereigenthum oder Miteigenthum der ganzen Familie an und weist auf Grundlage dieser Ansicht die große Verwandtschaft von Fideikommissen und Ganerbschaften nach; er kommt sogar S. 58 zu dem Resultat, daß zwischen ihnen gar kein Unterschied wahrzunehmen sei. Wegen seines unrichtigen Ausgangspunkts übersieht er, daß die Ganerben in der That Miteigenthümer sind, während beim

fassung vor, daß der durch die Stiftung berufene Besitzer Eigenthümer wird, aber in der Ausübung des Eigenthums soweit beschränkt ist, als es der Zweck der Stiftung fordert, wonach das Gut ungeschmälert in der Familie vererbt werden soll[2]). Er darf es daher nicht veräußern, belasten oder in der Art benützen, daß die Substanz oder der Werth des Guts leidet. Sein Recht findet eine Schranke an dem Successionsrecht der Familienglieder. — Abgesehen davon, daß der Begriff des Untereigenthums und Gesammteigenthums unhaltbar ist, haben die Anwärter kein Eigenthum, kein gegenwärtiges Recht am Gut, sondern nur ein unentziehbares Erbrecht und der Besitzer hat nicht ein dominium utile oder jus in re alinea, sondern wirkliches, aber beschränktes Eigenthum.

II. Der Fideikommißbesitzer bewirthschaftet das Gut in eigenem Interesse. Er hat die regelmäßigen Lasten und Abgaben zu tragen, muß die nothwendigen Reparaturen aus seinen eignen Mitteln, resp. den Früchten des Guts bestreiten, wird Eigenthümer der Frucht bereits mit der Separation und hat ein Recht auf die außerordentlichen Erträgnisse, insbesondere auf den im Boden gefundenen Schatz[3]); er zieht auch die Nutzungen eines auf dem Fideikommiß

Familienfideikommiß die Anwärter nicht Eigenthümer, sondern nur successionsberechtigt sind.

[2]) Baden'sches GB. art. 577°°: der Besitzer hat „ein ungetheiltes Eigenthum, das aber in seinem Gebrauch beschränkt und in seinem Genuß belastet ist." — Duncker S. 122 ff., v. Gerber Abhh. S. 118 ff., Beseler § 176. V. (der aber den Anwärtern selbständige dingliche Rechte zuschreibt), Bluntschli § 68. 3 (er erklärt ein Gesammteigenthum der Familie für möglich), Walter § 471, Lewis S. 168 ff., v. Ihering Jahrbb. X. S. 523 N. 163. — Gierke in Grünhut's Ztschr. V. S. 568 f. bezeichnet die obige Auffassung auch als die „für die gemeinrechtliche Gestaltung des Instituts allein zutreffende", giebt aber S. 587 N. 66 de lege ferenda der Preußischen Gestaltung (oben N. 1) den Vorzug; „denn die korporative Organisation jeder fideikommißbesitzenden Familie ist, wie historisch der berechtigte Abschluß einer im übrigen coupirten Entwicklung, so praktisch das geeignetste Mittel zur Beseitigung der gegen die Fortdauer des ganzen Instituts erhobenen Einwände"; vgl. auch 587 f. — Ich glaube nicht, daß eine Zeit, welche die Fideikommisse aufheben will, sich zufolge dieser Construktion irgendwie von ihrem Unternehmen abhalten lassen wird.

[3]) Er erscheint als außerordentlicher Ertrag, nicht als Zuwachs des Fideikommisses, Walter § 471 N. 2, Lewis S. 190 f., wogegen nach Sächs. GB. § 2531 er die Substanz des Fideikommisses vermehrt, und nach Oestr. Recht

vorhandenen oder von ihm angelegten Bergwerks wie jeder andere Bergwerksbesitzer[4]).

Der Besitzer kann das Gut vermiethen oder verpachten, aber nicht in Erbpacht geben[5]); sein Nachfolger ist, wenn er nicht zugleich sein Erbe wurde, an den Mieth- oder Pachtvertrag nicht gebunden, falls er nicht seinen Consens erklärt hat, oder nicht nach Partikularrecht die nicht über ein bestimmtes Maximum von Jahren (9, 12 Jahre) hinaus abgeschlossenen Mieth- oder Pachtverträge auch für die Successoren verbindlich sind[6]). Servituten, Renten, ein ususfructus u. s. w., welche der Besitzer bestellte, werden mit dem Tode

---

(v. Kirchstetter zu § 401 des GB.'s) die Hälfte dem Besitzer zufällt, die andere Hälfte zum Stamm des Guts geschlagen wird.

[4]) Ohne Unterstützung durch Gesetze oder Praxis ist die Ansicht von Lewis S. 192 f., daß der Fideikommißbesitzer, wenn er ein Bergwerk anlegt, ganz ebenso als wenn es ein Dritter thäte, dem Fideikommisse eine Entschädigung zu leisten habe, welche Fideikommißeigenschaft annehme und von der er dann selbst wieder die Nutzungen beziehe. Das Bergwerk selbst gehöre dem Fideikommißbesitzer als allodiales Recht; er dürfe es veräußern und nach den gewöhnlichen erbrechtlichen Grundsätzen vererben. — Indessen unternimmt der Besitzer das Bergwerk nicht als eine dem Fideikommiß fremde Person, sondern als Eigenthümer; die Anlage hat lediglich die Natur einer Kulturveränderung, einer berechtigten Ausnutzung der Substanz und von einer besonderen Entschädigung kann keine Rede sein, da das Bergwerk ja auch den Nachfolgern zu Gute kommt. — Ebenso wenig ist die Ansicht von Lewis S. 193 begründet, daß der Besitzer das Bergwerk als allodiales Recht veräußern dürfe.

Andererseits kann ich auch nicht der Ansicht von Lewis (S. 195; bei Hirth S. 481 N. 1) zustimmen, daß bei den in Prämienpapieren angelegten Geldfideikommissen der auf ein Papier fallende Gewinn dem Besitzer zufalle. Vielmehr tritt das Kapital, der Gewinn an Stelle der im Papier enthaltenen Forderung; dasselbe ist daher neu anzulegen und es kommen allein die Zinsen von diesem Kapital dem Fideikommißbesitzer zu gute. — Nach der Ansicht von Lewis würde, wenn z. B. ein Braunschweiger Zwanzig-Thaler-Loos einen Gewinn von mehreren Tausend Mark machte, der Fideikommißbesitzer denselben für sich nehmen und das Fideikommiß geschädigt werden, indem dasselbe das Loos verlöre, welches doch auch vor der Ziehung einen bestimmten Kurswerth hatte, und nichts an dessen Stelle erhielte.

[5]) C. Max. Bav. III. 10. § 23. no. 4.

[6]) So nach Baier. u. Hess. Recht, Lewis S. 196. — Dagegen kann ich nicht mit Lewis S. 197 annehmen, daß der Pächter zurücktreten darf, wenn der Nachfolger nicht Erbe des Vorbesitzers wird.

des Constituenten hinfällig[7]). Nur höchst partikulär hat er Caution wegen ordnungsmäßiger Nutzung zu leisten[8]).

Der Besitzer ist zu Prozessen über das Gut legitimirt und die Anwärter, welche übrigens ein Interventionsrecht haben[9]), sind an den Ausgang derselben gebunden.

III. Das Eigenthum des Fideikommißbesitzers wird mannigfach durch die Anwärter beschränkt. Da sie ein Recht darauf haben, künftig unvermindert und unverschlechtert das Fideikommiß zu erwerben, können sie die Verwaltung des Guts beaufsichtigen[9a]) und bei schlechter Wirthschaft dem Gericht Anzeige machen, damit dieses Vorkehrungen zu ihrer Sicherheit treffe[10]). Bei wichtigeren Dispositionen[11]), welche streng genommen unzulässig wären, aber keine wesentliche Veränderung der Stiftung bewirken, bedarf es ihrer Zuziehung. So ist es dem Fideikommißbesitzer nach Partikularrechten gestattet, mit Genehmigung einiger Fideikommißanwärter oder der Obrigkeit einzelne Parzellen des Guts zu veräußern oder zu vertauschen, unter der Voraussetzung, daß das dafür erlangte Aequivalent zum Vortheil des Fideikommisses verwendet wird[12]).

---

[7]) Lewis S. 224 ff.

[8]) C. Max. Bav. III. 10. § 12. no. 4: auf Begehren, bei anscheinender Gefahr. — Keine Verpflichtung nach dem Sächs. GB. § 2532. — Lewis S. 161 ff.

[9]) Nach Preuß. Ldr. II. 4. § 117 ff. soll er die beiden nächsten Anwärter bei der Prozeßführung zuziehen oder Vollmacht von ihnen beibringen. — Ueber Vergleiche Lewis S. 228.

[9a]) Sie können fordern, daß der in das Fideikommiß eintretende Erbe ein Inventar über dasselbe aufnimmt, Lewis S. 155 ff., 159.

[10]) Pözl § 60 N. 3. — Oestr. GB. § 630: „das Obereigenthum berechtigt die Fideikommißanwärter, die Hinterlegung der Fideikommißschuldscheine zu Gerichtshanden zu verlangen, eine üble Verwaltung der Fideikommißgüter gerichtlich anzuzeigen, zur Vertretung des Fideikommisses und der Nachkommenschaft einen gemeinschaftlichen Fideikommißkurator in Vorschlag zu bringen, überhaupt alle zur Sicherheit der Substanz nöthigen Maßregeln zu treffen."

[11]) Ueber Prozesse vgl. N. 9. — Detail bei Lewis S. 317—319.

[12]) Preuß. Edikt z. Beförderung der Landeskultur v. 14. Sept. 1811. § 6: die Anwärter sollen nicht einer veränderten Benutzung, insbesondere nicht außerordentlichen Holzverkäufen widersprechen, falls diese Operationen nach dem Gutachten zweier Kreisverordneten nöthig sind und die dadurch gewonnenen Gelder in die Substanz der Güter oder zur Tilgung der Fideikommißschulden verwendet

Muß der Fideikommißbesitzer das Gut oder Theile desselben in Folge einer Expropriation abtreten oder grundherrliche Rechte, insbesondere Reallasten, in Folge von Ablösungen aufgeben, so treten die Entschädigungsgelder gleichfalls an Stelle des ursprünglichen Objekts[13]).

IV. Hat ein Fideikommißbesitzer freiwillig und ohne die angegebenen Voraussetzungen, welche ihn dazu berechtigen (N. 12), das Fideikommiß oder Stücke desselben veräußert, so ist diese Veräußerung anfechtbar[14]). Selbst der Veräußerer kann sie widerrufen, falls er in bona fide war, also insbesondere die Fideikommißeigenschaft nicht kannte, muß aber dem Erwerber sein Interesse ersetzen[15]).

Die Anwärter, welche in die Veräußerung nicht eingewilligt haben[16]), dürfen ohne Verpflichtung zum Ersatz des Kaufpreises[17])

---

werden. — Preuß. Gemeinheitstheilungs Ordn. v. 1821. § 153. — Preuß. Ges. v. 15. Febr. 1848. § 15—19: bei Umtausch oder Veräußerung von Gutsparcellen oder Pertinenzen, bei Anlegung von Fideikommißgeldern, Aufnahme nothwendiger Darlehen auf die Fideikommißeinkünfte sollen zwei Anwärter zugezogen werden und bei etwaigem Widerspruch derselben durch Schiedsrichter entschieden werden, ob die Maßregel zweckmäßig sei. — Preuß. Ges. v. 3. März 1850. § 1, 3, 4: Einzelne Parcellen können veräußert werden, wenn die Behörde bescheinigt, daß es den Interessenten nicht nachtheilig sei; das Kaufgeld tritt an die Stelle des veräußerten Trennstücks; Ges. v. 27. Juni 1860. — Baden'sches GB. § 577[e5].

13) Lewis S. 435 ff. Bei Expropriation des ganzen Fideikommisses meint derselbe, dürfe der Besitzer die Gelder nicht in Grundstücken wieder anlegen, sondern verwandle sich das Grund- in ein Geldfideikommiß; Seuffert XI. no. 68 (Lübeck): die Anlegung in Grundstücken sei vorzuziehen; doch stehe es dem Besitzer auch zu, dafür gute zinstragende Papiere zu kaufen.

14) Zu den anfechtbaren Veräußerungen gehört es auch, wenn der Besitzer das Gut an einen Anwärter abtritt, welcher zur Zeit von des Ersteren Tode nicht der nächste ist. Dann kann der nähere auf Grund der Stiftung beim Tode des Veräußerers das Gut an sich ziehen, Lewis S. 234.

15) Lewis S. 241 ff., Bl. f. Rechtspfl. in Thür. XXII. S. 131 f., C. Max. Bav. III. 10. § 25. no. 3, welche Stelle Lewis S. 249 irrig interpretirt.

16) Nach dem Baier. Ed. v. 1818. § 52 haben auch die einwilligenden Anwärter diese Klage, wenn die Veräußerung ohne Genehmigung des Gerichts erfolgt ist.

17) Der restituirende Besitzer kann sich wegen des Ersatzes des Kaufpreises

das widerrechtlich veräußerte Gut von dem Besitzer mit der Revokationsklage von dem Zeitpunkt an herausfordern, daß ihnen auf Grund der Successionsordnung die Nachfolge in das Fideikommiß eröffnet ist[18]).

Die Controverse, ob auch diejenigen Descendenten des Veräußerers, welche seine Allodialerben wurden und daher nach allgemeinen Regeln facta defuncti für sich gelten lassen müssen, die Veräußerung revociren dürfen, ist in den Partikularrechten verschieden geregelt worden[19]). Wo es an positiver Entscheidung fehlt, ist ihnen die actio revocatoria zuzusprechen, weil sie nicht als Erben des Veräußerers, sondern als durch die Stiftung berufen succediren, und weil sie, wenn man dies nicht zugeben wollte, schlechter gestellt wären, als der in bona fide veräußernde Besitzer selbst (N. 15); doch müssen sie dem Beklagten den gezahlten Kaufpreis ersetzen.

Wer in die Veräußerung willigte, darf sie später nicht widerrufen (N. 16); doch bindet seine Genehmigung nicht seine Descendenten, selbst wenn sie seine Erben wurden[20]).

---

nur an den Veräußerer und dessen Erben halten. — Für den Ersatz der impensae gelten die gewöhnlichen Regeln über b. und m. f. possessio.

[18]) Preuß. Ldr. II. 4. § 79, Sächs. GB. § 2534, Lewis S. 243 ff., 261. — Früher nahmen einzelne Gelehrte an (vgl. darüber Seuffert X. no. 276 und Lewis S. 244 ff.), daß durch die verbotene Veräußerung das Eigenthum ipso jure an den nächsten Fideikommißfolger falle und demgemäß auch schon vorher derselbe zur Revokationsklage berechtigt sei. Man suchte diese frühere Klage auch aus dem behaupteten Gesammteigenthum der Familie zu rechtfertigen. Entsprechend bestimmt C. Max. Bav. III. 10. § 25. no. 3, daß der Tod des Veräußerers nicht erst abgewartet zu werden brauche.

[19]) Ueber diese Controverse vgl. Lewis S. 253 ff.; daß sie das Revokationsrecht haben C. Max. Bav. III. 10. § 25. no. 2, vgl. auch § 24. no. 1, Mittermaier § 158 N. 44, Walter § 471. III, Beseler § 176. VII. b, Roth B. II. § 225 N. 28 und die bei Lewis S. 254 N. 156 citirten; — daß es ihnen nicht zustehe Sächs. GB. § 2534, Seuffert VII. no. 338 (Kiel), Bl. f. Rechtspfl. in Thür. XXII. S. 132 ff., Gengler (3. Aufl.) § 181, Lewis und die bei ihm S. 259 citirten, denen sich in den neueren Ausgaben auch v. Gerber § 84 N. 12 angeschlossen hat.

[20]) C. Max. Bav. III. 10. § 24, Baier. Ed. § 83, Oestr. GB. § 632; vgl. auch Lewis S. 454 f. — Dabei findet sich in der Literatur öfter die Ansicht, daß der Erbe gebunden sei, wenn der Anerbe für sich und seine Erben verzichtete; sie hat auch in Partikularrechten Ausdruck gefunden, Sächs. GB.

Eine unstatthafte Veräußerung wird in Rücksicht auf ihre Wirkung meistens als nichtig und die Revokatorienklage als Vindikation behandelt; der Veräußerer sei Eigenthümer geblieben und die Anwärter würden der Reihe nach, wie sie zur Succession berufen würden, auch ohne Besitz des Guts durch Erbrecht Eigenthümer[21]). Dagegen ist im Zusammenhange mit den für das Beispruchsrecht der nächsten Erben und für den Retrakt geltenden Sätzen[22]) zu behaupten, daß die Veräußerung nicht nichtig, sondern nur revokabel ist und daß der Erwerber in der That Eigenthümer geworden ist. Aber er ist verpflichtet ebenso wie ein Eigenthümer, gegen welchen die Expropriation geltend gemacht wird, oder wie ein Eigenthümer, welcher zu Unrecht im Hypothekenbuch eingetragen ist, sein Eigenthum an den Fideikommißnachfolger abzutreten und wird, wenn er es nicht freiwillig thut, im Prozeß dazu gezwungen. Gemäß der allgemein verbindlichen Kraft der Stiftung sollte er nicht Eigenthümer werden und muß sein Recht aufgeben, wenn ein Interessent gegen seinen Erwerb Widerspruch erhebt.

Da für jeden Anwärter die Revokatorienklage actio nata erst mit dem Augenblick ist, wo er zur Nachfolge berechtigt ist, so verjährt sie auch für jeden besonders; die Fideikommißeigenschaft des Guts ist unverjährbar[23]), ganz besonders dann, wenn sie in dem Hypothekenbuch eingetragen ist.

Wenngleich im allgemeinen die Veräußerung des Fideikommißguts oder einzelner Theile desselben wegen der Wirkung des Stiftungswillens für alle Zeiten unerlaubt ist, so haben sie doch die Par-

---

§ 2537 (vgl. auch § 2561) und das bei Lewis S. 454 N. 86 angeführte Großherzogl. Hess. Gesetz. Dagegen wirkt nach dem Oestr. GB. § 632 der Verzicht nur für den Verzichtenden selbst.

[21]) Mittermaier § 158, IV, v. Gerber § 84 N. 13, Abhh. S. 125 („die Veräußerung ist absolut und ipso jure nichtig"), Beseler § 176 N. 8, Freiesleben S. 102 ff. (relative Nichtigkeit), Lewis S. 235 ff. und die dort citirten.

[22]) Oben § 87 N. 42 ff., § 89 N. 9 ff.

[23]) C. Max. Bav. III. 10. § 22. no. 6, Preuß. Ldr. II. 4, § 122, 123. — Nach dem Oestr. GB. § 1474 geht diese Eigenschaft verloren „durch einen frei eigenthümlichen Besitz von 40 Jahren", und ebenso ist nach Großhrzgl. Hess. Ges. v. 1558. art. 16 ein Eigenthumserwerb „durch erwerbende Verjährung", d. h. also die Erlöschung der Fideikommißeigenschaft möglich.

tikularrechte unter Beobachtung bestimmter Formen für zulässig erklärt; vgl. darüber unten VII.

V. Wegen der Unveräußerlichkeit darf das Fideikommiß nicht mit Hypothekenschulden beschwert[23a]) und dürfen für die Schulden des Fideikommißbesitzers auch nur die Früchte des Guts in Anspruch genommen werden[23b]). Für die Schulden des Vorbesitzers haftet derselbe im allgemeinen nach den regelmäßigen Grundsätzen des Erbrechts, d. h. nur wenn er sein Universalsuccessor geworden ist. Doch treten in dieser Beziehung einige Modifikationen ein[24]).

Unbedingt hat jeder spätere Erwerber, gleichviel ob Universalsuccessor oder nicht, für solche Schulden einzustehen, welche der Stifter selbst auf das Gut legte, besonders zur Abfindung der Rechte der Notherben oder zu Erwerbung des Guts. Sie gehören zum Bestande des Fideikommißvermögens, in welchen der Erwerber des Guts succedirt[25]).

Außerdem erscheint aber auch der Fideikommißbesitzer als berechtigt, mit Verbindlichkeit für die Nachfolger das Gut mit Schulden zu belasten, wenn dadurch eine für die Stiftung im Ganzen und den Werth des Fideikommisses vortheilhafte Wirkung erreicht wird: sog. Fideikommißschulden. Dahin gehören Schulden zur Ablösung von Lasten, zur Kultivirung von bisher wenig angebauten Gutstheilen, zur Errichtung von nothwendigen oder nützlichen Gebäuden, zur Aufführung von Deichen, zur Wiederherstellung des durch Unglücksfälle reducirten Inventars, zum Ankauf von dem Gut einzuverleibenden Parzellen, zur Abtragung derartiger Schulden, zur Führung von Prozessen u. s. w.[26]). Da solche Fideikommißschulden im Interesse des Fideikommißvermögens gemacht sind, so tritt für sie die der Behandlung der Lehnsschulden analoge Modifikation ein, daß die Verpflichtung zu ihrer Abtragung nicht auf die Allodial-

---

[23a]) z. B. Regelsberger baier. Hyp. R. S. 238, 363.

[23b]) Man kann das Gut für unveräußerlich erklären, aber nicht die Exekution in die Nutzungen untersagen, Seuffert XXXII no. 155.

[24]) Vgl. darüber besonders v. Gerber zur Lehre von den Lehns- und Familienfideikommißschulden, in s. Abhh. I. S. 159—187, Lewis S. 291 ff.

[25]) v. Gerber Abhh. I. S. 171.

[26]) C. Max. Bav. III. 10. § 19, Preuß. Ldr. II. 4. § 80, 81, 84—86, 114, Baden'sches GB. § 577[op] ff., v. Gerber Abhh. S. 175 ff.

erben des Schuldners, sondern nur auf die Fideikommißfolger übergeht; das Fideikommißvermögen bildet eine eigene Vermögenssphäre und die Fideikommißschuld geht mit dem Gut selbst auf den Erwerber desselben über[27]).

Hat der Fideikommißbesitzer aus seinem sonstigen Vermögen, nicht aus den Erträgnissen des Guts, einen Aufwand gemacht, welcher, wenn er für diesen Zweck eine Schuld aufgenommen hätte, sie als Fideikommißschuld erscheinen ließe, so besteht, falls sein Allodialerbe nicht zugleich in das Fideikommiß folgt, eine Schuld des Fideikommißvermögens gegenüber dem Allodialvermögen, welche gleichfalls von den Fideikommißfolgern übernommen werden muß[28]).

Fideikommißschulden haften im allgemeinen nur auf den Früchten[29]) und sind vom Besitzer aus den Erträgnissen des Guts zu tilgen. Oefter ist vorgeschrieben, daß bei der Aufnahme eines Darlehens zugleich ein vom Besitzer einzuhaltender Tilgungsplan aufgestellt werden soll[30]). Wegen Nichtbezahlung der Schulden kommt es daher nur zur Sequestration, nicht zur Subhastation des Guts[31]).

Nach andern Partikularrechten haftet aber auch das Gut selbst für die Fideikommißschulden und kann es zur Subhastation desselben kommen[32]). Sollte durch sie noch ein Ueberschuß nach Bezahlung

[27]) v. Gerber Privatr. § 84, Abhh. S. 173 ff. hat für die Dispositionen des Besitzers, durch welche er auf das Gut eine Fideikommißschuld legt, den Ausdruck Nachstiftung eingeführt; wer das Fideikommiß erwerbe, müsse auch diese Nachstiftungen anerkennen.

[28]) v. Gerber Abhh. S. 177 ff., Lewis S. 295 ff., S. 418 ff., — Oestr. GB. § 641. — Nur sehr beschränkt anerkannt im Pr. Ldr. II. 4. § 218—221. — Vgl. auch Hess. Ed. § 62; das Braunschw. Ges. v. 1858. § 4 kennt auch keinen solchen Ersatzanspruch.

[29]) z. B. Oestr. GB. § 642, Baden'sches GB. art. 577^{cq}.

[30]) Preuß. Ldr. II. 4. § 96—103, Oestr. GB. § 638, 639, Baier. Ed. § 63, Braunschw. Ges. v. 1837. § 22, Großherzogl. Hess. Ges. art. 21, Seuffert XXVII. no. 241.

Sind einzelne Termine nicht bezahlt, so kann sich der Gläubiger wegen der Rückstände nach dem Tode des Schuldners nur an den Allodialerben, nicht an den Fideikommißbesitzer halten, Preuß. Ldr. II. 4. § 215, 16, vgl. auch Oestr. GB. § 640, wonach der letztere doch in subsidium haftet.

[31]) Preuß. Ldr. II. 4. § 108, 109.

[32]) C. Max. Bav. III. 10. § 18; das Baier. Ed. unterscheidet zwischen

der Schulden erzielt werden, so ist derselbe wieder als Fideikommiß anzulegen[33]).

Da durch die Aufnahme von Fideikommißschulden der Reinertrag des Guts vermindert wird und eventuell das Gut selbst der Stiftung entzogen werden kann, machen die Partikularrechte ihren Uebergang auf die Fideikommißfolger noch von weitern Voraussetzungen abhängig: die Verschuldung soll nicht über den dritten Theil des Werths hinaus gehen[34]); es soll die Genehmigung der Obrigkeit[35]) oder des Landesherrn[36]), von allen Anwärtern oder von einer bestimmten Zahl derselben, resp. auch noch von einem besondern Curator des Fideikommisses eingeholt[37]), es soll die Schuld in die Fideikommißmatrikel eingetragen werden[38]) u. s. w.

VI. Wenn das Fideikommiß von dem Allodialvermögen zu trennen ist, treten im allgemeinen ähnliche Grundsätze wie bei der separatio feudi ab allodio ein (§ 127)[39]). Es wurde bereits bemerkt, daß der Allodialerbe Anspruch auf Ersatz hat, wenn der Vor-

---

Schulden, welche auf den Früchten, und solchen, welche auf den Früchten und auf dem Gut haften, Lewis S. 301 f., Roth B. II. § 226, 234. — Braunschweig. Ges. v. 1837. § 22. — Nach dem Preuß. Landr. II. 4. § 104 haften auf der Substanz solche Schulden, welche der Stifter bei der Errichtung auf das Gut gelegt hat, und diejenigen, welche aus seinem Allodialvermögen nicht bezahlt werden können.

[33]) Preuß. Ldr. II. 4. § 110, 111.

[34]) Oestr. Gesetzgebung bei Lewis S. 304 f.

[35]) Oestr. GB. § 635, Baier. Ed. § 58; über Preußen Lewis S. 307 ff.

[36]) Baden'sches Ldr. art. 577 oq, Braunschw. Ges. v. 1837. § 22.

[37]) Preuß. Ldr. II. 4. § 80, 87—95, Preuß. Ges. v. 15. Febr. 1840. § 19, Baier. Ed. § 61, Sächs. GB. § 2533 (Freiesleben S. 84 ff.); über das Hess. Recht Lewis S. 313 f., über das Oestr. Lewis S. 304 f.

Lewis S. 299 f. bestreitet vom gemeinrechtlichen Standpunkt aus, daß der Consens der Fideikommißfolger von irgend welcher Bedeutung sei. Zuzugeben ist, daß ohne einen derartigen partikulären Rechtssatz ihr Consens nicht bewirken kann, daß die Substanz des Guts für die Schuld haftet. Aber andererseits ist nicht zu bezweifeln, daß wenn ein consentirender Anwärter zur Succession gelangt, er die Schuld als Fideikommißschuld gelten lassen und sie mit den Früchten verzinsen und abzahlen muß.

[38]) Baier. Ed. § 57.

[39]) Vgl. besonders Lewis S. 410 ff., Preuß. Ldr. II. 4. § 206 ff., Freiesleben S. 137 ff., Roth B. II. § 235.

besitzer sein Vermögen zu außerordentlichen Verbesserungen des Fideikommisses verwendet hat (vgl. N. 28); umgekehrt haben die Allodialerben dem Fideikommißbesitzer Ersatz zu leisten, wenn der Vorgänger das Gut deteriorirt hat[40]).

VII. Der Wille des Stifters soll für alle Zeiten gelten: prinzipiell ist daher die Veräußerung oder Aufhebung des Fideikommisses unmöglich; nicht einmal der übereinstimmende Wille aller lebenden Anwärter kann an sich diese Wirkung haben. Da das Fideikommiß über die jetzt lebende Generation hinaus Bestand haben soll, dürfen den künftig geboren werdenden Anwärtern ihre Rechte nicht durch Dispositionen der Gegenwart verkümmert werden[41]).

Weil es aber in einem konkreten Fall dem Interesse der ganzen Familie entsprechen kann, wenn das Gut oder Stücke desselben veräußert werden oder eine Abänderung der Stiftung erfolgt, so haben die Partikularrechte regelmäßig die aus dem Wesen der Stiftung folgende strenge Consequenz aufgegeben[42]); sie lassen die Veräußerung des Guts oder Abänderung der Stiftung auf Grund eines Familienschlusses zu, unter Zuziehung und Genehmigung sämmtlicher Anwärter und der Vormünder der Unmündigen, resp. auch unter Zuziehung des Kurators des Fideikommisses, falls ein solcher bestellt ist, und unter Prüfung und Billigung der dafür sprechenden Gründe von Seiten der Obrigkeit, resp. auch mit landesherrlicher Genehmigung[43]). Nach einzelnen Partikularrechten wird auch ein eigener

---

[40]) Vgl. die partikularrechtlichen Bestimmungen bei Lewis S. 424 ff.; das Braunschw. Ges. v. 1858. § 4 kennt eine solche Verbindlichkeit nur, wenn die Deteriorationen „durch Absicht oder grobes Verschulden entstanden sind."

[41]) Lewis S. 271 ff.

[42]) Früher versuchte man auch prinzipiell die Möglichkeit der Aufhebung zu rechtfertigen, vgl. die bei Lewis S. 273 N. 231 genannten.

[43]) C. Max. Bav. III. 10. § 24, Baier. Ed. § 65 ff. — Oestr. GB. § 633, 634. — Preuß. Ldr. II. 4. § 76—78 vgl. mit § 42—46, Preuß. Ed. v. 9. Okt. 1807. § 9 („jede Familien- und jede Fideikommißstiftung kann durch einen Familienschluß beliebig abgeändert oder gänzlich aufgehoben werden"), Ges. v. 15. Febr. 1840 über Familienschlüsse bei Fideikommissen, Familienstiftungen und Lehnen. — Sächs. GB. § 2535, 2537—39, 2541 (Freiesleben S. 94 ff.); sächs. thür. Gesetze bei Heimbach § 325. 2, zuweilen mit der Beschränkung, welche dem ältern Sächs. Recht und auch dem Sächs. GB. § 2538 angehört, daß das Gut bereits eine gewisse Anzahl von Malen fideikommissarisch vererbt sein

Kurator bestellt, um die Interessen der noch nicht gebornen, künftigen Anwärter zu wahren[44]). Ist unter Beobachtung all' dieser Formen die Stiftung oder das Objekt derselben geändert, so können die nachgebornen Erben nicht mehr die Wiederherstellung des Fideikommisses fordern.

VIII. Unter Beobachtung derselben erschwerenden Formen und sonstigen Voraussetzungen kann auch das Fideikommiß ganz und gar aufgehoben werden. Wenngleich dem Prinzip des Fideikommisses gemäß der Wille des Stifters durch einen Familienschluß nicht überwunden werden kann[45]), geben die Gesetze ihm doch diese Kraft, wenn die Genehmigung des Landesherrn oder der Aufsichtsbehörde hinzutritt[46]), und gelegentlich hat die Praxis dies auch da angenommen,

---

muß. — Baden'sches Lbr. art. 577cl; Genehmigung des Landesherrn „nach Vernehmung der Stammgutsberechtigten und des Kronanwalts des obersten Gerichts .... ohne an die Einwilligung der Stammgutsberechtigten gebunden zu sein." — Anhalt. Ges. v. 17. April 1870: durch einhelligen Beschluß der successionsberechtigten. — Braunschw. Ges. v. 1858. § 8: ebenso unter Zustimmung des Landesherrn; die Kinder in väterlicher Gewalt werden durch ihre Väter vertreten. — Vgl. überhaupt die Zusammenstellung der partikulären Bestimmungen bei Lewis S. 282 ff.

[44]) Ein solcher Curator der Nachkommenschaft nach dem Oestr. GB. § 630, 644; vgl. auch Preuß. Landr. II. 4 § 95, Dernburg I. § 376 N. 5. — Nach dem Anhaltinischen Ges. § 5 wird die Zustimmung des Vormunds auch für solche successionsberechtigte Descendenten gefordert, welche innerhalb 10 Monaten seit dem Tage der Zustimmung ihres Vaters resp. ihrer Mutter geboren werden; später geborene müssen sich unterwerfen (§ 6).

[45]) Eichhorn § 371, v. Gerber § 84 N. 18, Abhh. S. 138 ff., Beseler § 176. VII. b, Lewis S. 454 ff.

[46]) Ueber Preußen vgl. N. 43; das Reskr. v. 29. Aug. 1809 bestimmt, daß die Curatoren in eine Theilung nur willigen sollen, wenn nachgewiesen ist, „daß der Zustand des minderjährigen Interessenten durch die Aufhebung des Fideikommisses eine merkliche Verbesserung erlangt", besonders also wenn sein Successionsrecht ein sehr entferntes ist und ein hohes Abstandsgeld erreicht werden kann. — Sächs. Decision v. 1746 no. 10 (Haubold § 395), in wesentlicher Uebereinstimmung Sächs. GB. § 2535, 38, 39, 41. — Oestr. GB. § 644 vgl. mit 633, 34. — Baier. Ed. § 97 (Kraut § 252. no. 3): wenn für die Familie ein ausgezeichneter und fortdauernder Nutzen zu erwarten steht oder wenn gebietende Umstände eintreten; gefordert wird die Genehmigung sämmtlicher Anwärter und der Kuratoren der Abwesenden und Minderjährigen; der Widerspruch des Fideikommißkurators wird nur beachtet, wenn seine Gründe überwiegend sind. — Nach dem Baden'schen GB. art. 577ce wird kein Kurator für

wo es an einer gesetzlichen Vorschrift fehlt[47]). Der Familienschluß bewirkt die Aufhebung nicht bloß für die Genehmigenden, sondern auch für die erst in der Zukunft geboren werdenden Anwärter.

Außerdem hört ein Fideikommiß auf, wenn alle folgeberechtigten Mitglieder der Familie gestorben sind: in der Hand des letzten successionsberechtigten Familiengliedes verwandelt es sich in freies, keiner Veräußerungsbeschränkung unterliegendes Allod[48]). Nach einzelnen Partikularrechten kann die Fideikommißeigenschaft auch durch Verjährung erlöschen (N. 23).

Vierter Abschnitt. Das Recht der Bergwerke.

§ 141. Einleitung.

I. Die Grundsätze über das Bergrecht, d. h. über das Recht, die Fossilien des Bodens zu okkupiren, über das Verhältniß der Bergbautreibenden zum Staat, zum Grundeigenthümer und zu ihren Arbeitern, über die Art des Betriebes, über die Verhältnisse der Bergbautreibenden unter einander, wenn Mehrere an demselben Bergwerk betheiligt sind, haben sich, abgesehen von einzelnen Gesetzen, welche bereits im Mittelalter über das Bergregal erlassen wurden, zunächst wesentlich durch Gewohnheitsrecht entwickelt und sind dann in Bergordnungen aufgezeichnet worden. Sie stimmten in ihren wesentlichen Beziehungen unter einander überein und ließen ein allgemeines Bergrecht entstehen[1]). Auch als besonders seit dem 16. Jahr-

---

das Fideikommiß, sondern nur für die Descendenten in utero bestellt, falls der Vater todt ist. — Ueber das Braunschw. u. Hessische Recht Lewis 459. — Ueber die Unzweckmäßigkeit, die Einwilligung eines Curator nasciturorum oder eines Kurators für die Stiftungsinteressen zu fordern, Gött. Erk. bei Emminghaus S. 172. II.

[47]) Seuffert XIII. no. 270.

[48]) z. B. Sächs. GB. § 2540, Lewis S. 430 ff.

[1]) Es wiederholt sich der oben § 7—10 besprochene Streit über allgemeines und gemeines deutsches Recht. Einzelne Schriftsteller, z. B. Achenbach, Klostermann, Roth III. § 242 N. 26 bezeichnen alles dasjenige als gemeines Recht, was in älterer Zeit gleichmäßig in den verschiedenen Bergordnungen bestimmt war. Klostermann Bergrecht S. 20 sagt z. B.: „diejenigen

hundert die einzelnen Staaten ausführliche Berggesetze erließen, wurde diese Einheitlichkeit nicht gebrochen, da der Betrieb ein gleichmäßiger war und bei neuen Gesetzen die Gesetzgebung anderer Länder berücksichtigt wurde. In neuester Zeit hat diese Gleichmäßigkeit noch in höherem Grade dadurch zugenommen, daß das Preußische Berggesetz v. J. 1865 in einer größeren Reihe von Staaten recipirt worden ist; dasselbe gilt in dem größten Theil von Deutschland als allgemeines Recht. Abgesehen von den Ländern, in welchen kein neues Gesetz erlassen ist, steht dem Preußischen Recht nur das Sächsische und das Oestreichische Recht gegenüber. Diese Bedeutung des Preußischen Bergrechts rechtfertigt es, wenn im folgenden hauptsächlich dessen Bestimmungen berücksichtigt werden.

Die Grundsätze vom Bergrecht sind hier in wesentlicher Beschränkung auf das Privatrecht darzustellen; die reglementarischen Bestimmungen, welche sich auf das Technische des Betriebes beziehen, werden übergangen. Die hauptsächlichsten Fragen sind: wer kann ein Bergwerk betreiben und unter welchen Voraussetzungen, welches ist sein Verhältniß zum Grundeigenthümer, welches Recht hat der Bergbauberechtigte an dem Bergwerk und an den Fossilien? — Dasjenige, was sich auf die Vereinigung mehrerer Personen zum Betriebe des Bergbaus bezieht, ist bereits oben vorgetragen worden[2]).

II. Das Bergrecht ist von den verschiedenen Bearbeitern des deutschen Privatrechts, wenn sie dasselbe überhaupt in das System aufnahmen[3]), an verschiedenen Stellen behandelt worden. Da verschiedene Standpunkte möglich sind und sich vertheidigen lassen, kann über die zweckmäßigste Stellung gestritten werden. Manche behandeln das Bergrecht wegen der ehemaligen Regalität unter den fiskalischen Rechten[4]). Dieser Gesichtspunkt entspricht nicht dem Recht

---

Rechtsgrundsätze und Regeln, welche ... in allen deutschen Bergordnungen oder doch in der Mehrzahl derselben angenommen sind, werden als gemeinrechtlich bezeichnet."

[2]) Vgl. I. § 59.

[3]) Bei Beseler § 202 ff. bildet es einen besonderen Abschnitt seiner Specialrechte.

[4]) So Eichhorn (Beschränkung des Eigenthums durch Rechte der höchsten Gewalt), Mittermaier, Maurenbrecher, Kraut (von den Eigenthumsverhältnissen bei den der Regalität unterworfenen Gegenständen); Roth erklärt in

der Gegenwart, welches ein eigentliches Bergregal nicht mehr kennt. Da in Rücksicht auf die Fossilien der Grundeigenthümer im Genuß und Gebrauch seines Bodens beschränkt ist, indem er einerseits nicht ohne weiteres die Fossilien okkupiren darf und andererseits andern Personen die Anlage eines Bergwerks auf seinem Grundstück gestatten muß, so wird die Lehre von Einzelnen zu den Eigenthumsbeschränkungen gestellt.

Andere gehen von dem Recht des Bergbautreibenden aus und behandeln dasselbe als dingliches Recht am Grund und Boden[5]) oder als Recht, Fossilien zu okkupiren, in welchem letzteren Fall das Bergrecht in die Lehre vom Eigenthumserwerb aufgenommen wird[6]).

Da es sich beim Bergwerk um einen besonderen immobiliaren Vermögenskomplex handelt, für welchen sehr mannigfaltige Rechtsgrundsätze zur Anwendung kommen, welche sich nicht unter einen einheitlichen privatrechtlichen Gesichtspunkt bringen lassen, stellen wir das Bergrecht in den dem regulären Sachenrecht nachfolgenden Abschnitt von besonderen Güterarten[7]).

Literatur[8]).

Hake Kommentar über das Bergrecht mit steter Berücksichtigung der vornehmsten Bergordnungen. 1823.

---

der Vorrede S. VI des 2. Bandes seines Baier. Civilrechts, daß er das Bergrecht ursprünglich habe in's Sachenrecht stellen wollen, jetzt aber vorziehe, es als Kapitel eines besonderen Buchs: „Regalien" oder „Rechtsverhältnisse aus ehemaligen Regalien" zu behandeln. Im dritten Bande hat er es als zweites Kapitel seines dritten Buchs: „Regalien und dingliche Gewerbsrechte" dargestellt.

[5]) So Gengler Lehrb. S. 338 ff. („dingliche Rechte aus den in Privatgenuß gelangten Berg- und Salzregalien"), Priv. R. (3. Aufl.) § 95—97; auch Maurenbrecher (vgl. N. 4) kann man hierher zählen.

[6]) So v. Gerber.

[7]) Wir haben darin einen Vorgänger an Runde § 161—174. — Aehnlich behandelt Dernburg in einem Abschnitt das Eigenthum, in dem folgenden das Bergwerkseigenthum und dann die dinglichen Rechte.

[8]) Ueber ältere Literatur Ortloff S. 396 f. N. 98. — Reichhaltige Angaben bei Klostermann Bergrecht S. 47—55 und Achenbach Bergrecht § 5.

C. J. B. Karsten Grundriß der deutschen Bergrechtslehre mit Rücksicht auf die französische Bergwerksgesetzgebung. Berlin 1828.

Weiske in s. Rechtslexikon I. S. 931—969.

Otto Studien aus dem Gebiete des Bergrechtes. Freiberg. 1856.

Schomburg Betrachtungen über die neuere deutsche Berggesetzgebung. Leipz. 1857.

Kreßner system. Abriß der Bergrechte in Deutschland, mit vorzüglicher Rücksicht auf das Königreich Sachsen. Freiberg 1858.

Zerrenner Lehrbuch des Bergrechts. Gotha 1862, 64.

Achenbach das gemeine deutsche Bergrecht in Verbindung mit dem preuß. Bergrechte unter Berücksichtigung der Berggesetze Bayerns, Sachsens, Oesterreichs und anderer deutscher Länder. I. Bonn 1871[9]).

Turnau das Bergwerkseigenthum, in d. Ztschr. f. Bergr. XVIII. 1877. S. 291—336.

A. Arndt zur Geschichte und Theorie des Bergregals und der Bergbaufreiheit. Halle 1879.

Zeitschrift für Bergrecht von Brassert u. Achenbach (jetzt von Brassert allein), seit 1860, bisher 22 Bände.

Partikularrechte[10]).

Preußen: Gräff Lehrb. des Preuß. Bergrechts. 2. Aufl. Bresl. 1856.

Brassert das Bergrecht des allgemeinen Preußischen Landrechts in seinen Materialien nach amtlichen Quellen bearbeitet. Bonn 1861.

Klostermann Lehrbuch des Preuß. Bergrechts mit Berücksichtigung der übrigen deutschen Bergrechte. Berl. 1871.

Zu dem Preuß. Berggesetz von 1865 sind eine Anzahl von Commentaren erschienen: so von Oppenhoff (vgl. oben § 59 N. 24), von Koch das allg. Berggesetz für die Preuß. Staaten 1871, besonders aber Klostermann das allg. Berggesetz f. d. Preuß. Staaten, nebst Einl. u. Commentar, Berl. 1866, 2. Aufl. 1868, 3. Aufl. 1874.

Roth Bayr. Civilrecht III. 1875. § 242—280.

Oestreich: Wenzel Handb. des allg. österr. Bergrechtes. 1855.

Manger das österr. Bergrecht nach dem allgemeinen Berggesetz für Oestreich. Prag 1857, Suppl.-Band 1861.

Schneider Lehrb. des Bergrechts für die gesammten Länder der österr. Monarchie. Prag. 2. Aufl. 1867.

Ueber Würtemberg: Reyscher I. § 249.

---

[9]) Dies leider unvollendet gebliebene Werk ist die bedeutendste neuere Erscheinung im Gebiet des Bergrechts, gleich ausgezeichnet durch sorgfältige historische Forschung und durch dogmatische Behandlung.

[10]) Die österr., sächs. u. preuß. Literatur giebt ausführlicher an Achenbach § 6.

Berggesetze[11]).

Eine große Zahl älterer Gesetze enthält Thomas Wagner corpus juris metallici recentissimi et antiquioris. Leipz. 1791. fol.

Französische Berggesetze v. 28. Juni 1791 u. 21. Apr. 1810.

Oestreich: allg. Berggesetz v. 23. Mai 1854.

Sachsen: Gesetz den Regalbergbau betr. vom 22. Mai 1851[12]), allg. Berggesetz v. 16. Juni 1868.

Sachsen-Weimar: Berggesetz v. 22. Juni 1857[13]) (an das Sächs. Gesetz sich anschließend).

Schwarzburg-Sondershausen: Berggesetz vom 25. Febr. 1860 (im Anschluß an das Weimarsche Gesetz).

Reuß ä. L.: Ges. v. 1. April 1857.

Lippe: Ges. v. 30. Sept. 1857.

Preußen: allg. Ldr. II. 16. § 69—480[14]). — Berggesetz v. 12. Mai 1851. — Besonders aber: das allg. Berggesetz für die Preußischen Staaten v. 24. Juni 1865 (250 Paragraphen)[15]).

Ihm nachgebildet sind die Berggesetze von Braunschweig v. 15. Apr. 1867, von Sachsen-Meiningen v. 17. Apr. 1868, von Gotha v. 16. Aug. 1868[16]), von Baiern v. 20. März 1869[17]).

---

[11]) Eine ausführliche Geschichte der bergrechtlichen Quellen bei Achenbach § 7—18. S. 17—63, Klostermann S. 7 ff., 20 ff., 25 ff.; vgl. auch Gengler Lehrb. S. 329 ff. — Ueber einzelne ältere Quellen Stobbe Rechtsquellen I. S. 574 ff., II. S. 269. Hinzuzufügen ist ein Bergweisthum zu Cell und Gressenich (zwischen Düren und Aachen) bei Grimm Weisth. II. S. 796 f., die Bergrechte in der Gastein und Rauris aus dem 14. Jahrh., in den Oestr. Weisthümern I. (Salzb. Taidinge 1870) S. 196—202; einige schweiz. Bergrechte des 15. Jahrh. in Plattner Geschichte des Bergbaus der östlichen Schweiz. Chur 1878. S. 17 ff.

Ueber ältere Würt. Quellen v. Wächter I. S. 484 f., über Hannoversche Grefe II. S. 90—96, über die sächs. Fürstenthümer Heimbach § 225.

[12]) Die ältern Gesetze in Freiesleben Handb. der Sächs. Berggesetzgebung. Leipz. 1852; vgl. auch Haubold § 238 ff.

[13]) Auch im Anhange von Schomburg Betrachtungen 1857.

[14]) Auf Grundlage des ältern Preußischen und des Sächs. Bergrechts.

[15]) Der Entwurf war von dem Berghauptmann Dr. Brassert in Bonn ausgearbeitet. — Ueber die Entstehungsgeschichte dieses wichtigen und einflußreichen Gesetzes, welches in glücklicher Weise die Grundsätze des deutschen und des französischen Bergrechts mit einander verschmilzt, Achenbach S. 57 ff. — Ueber seine Einführung in den später erworbenen Theilen der preußischen Monarchie Achenbach S. 7 N. 1, besonders Klostermann Bergrecht S. 44 ff.

[16]) Ueber dasselbe Brassert in s. Ztschr. IX. S. 315.

[17]) Eine Vergleichung dieser vier Gesetze mit dem Preußischen stellt an Oppenhoff vgl. oben § 59 N. 24.

Weiter ist das Preußische Gesetz eingeführt in Waldeck und Pyrmont durch Gesetz v. 1. Jan. 1869[18]), im wesentlichen auch in Reuß j. L., Gesetz v. 9. Okt. 1870 (vgl. auch Laband in d. Ztschr. f. Bergrecht XX. S. 29 f.), Sachsen-Altenburg, Ges. v. 18. Apr. 1872, in Elsaß-Lothringen, Ges. v. 16. Dez. 1873, in Würtemberg, Ges. v. 7. Okt. 1874 (vgl. darüber Brassert in d. Ztschr. f. Bergrecht XV. S. 417—512), in Anhalt, Ges. v. 30. Apr. 1875 (vgl. darüber Brassert a. a. O. XVI. S. 272—329) und v. 26. Febr. 1877, in Hessen, Ges. v. 28. Jan. 1876.

§ 142. Geschichte[1]). Bergregal und Berghoheit.

1. Nach ursprünglicher Auffassung galt jeder Grundeigenthümer ohne weiteres als berechtigt, die in seinem Boden befindlichen Fossilien für sich zu gewinnen; wo ein Bergwerk angelegt ist, bildet es einen Bestandtheil des Guts[2]). Ueberdies aber hatten die Gemeindegenossen, wie sie auf der Almende roden, Holz schlagen, jagen, Bienenschwärme okkupiren u. s. w. durften, auch das Recht, auf dem Gemeindeland nach Mineralien zu suchen: es galt die Bergbaufreiheit der Genossen auf der Almende[3]).

Kein Grundeigenthümer war nach altem Recht, wie es sich noch

---

[18]) Zeitschr. f. Bergrecht X. S. 143 ff.

[1]) Ueber die historische Literatur vgl. Achenbach § 4. Hervorzuheben ist: F. J. F. Meyer Versuch einer Geschichte der Bergwerksverfassung und der Bergrechte des Harzes im Mittelalter. Eisenach 1817. — Steinbeck Gesch. der schles. Bergwerksverfassung. 1827. — Karsten über Ursprung des Bergregals. Berl. 1844. — Steinbeck das Bergrecht des Sachsenspiegels, in der Ztschr. f. d. R. XI. S. 254—265. — J. Weiske der Sachsenspiegel und das Bergregal, daselbst XI. S. 270—280. — H. A. Zachariä über Regalien überhaupt u. das Salzregal in Deutschland insbesondere, daselbst XIII. S. 319—381. — L. Grueter de regali metallorum jure. Berol. 1867. p. 21 ff. (Ein Anhang enthält 146 Regesten zur Geschichte des Bergregals bis z. J. 1518). — Kommer über die Entwickelung des Bergregals bis z. J. 1273 u. die Sachsenspiegelstelle I. 35, in der Zeitschr. f. Bergrecht X. 1869. S. 376—398. — Virnich de juris regalis metallorum origine ac progressu. Tub. 1871. — Klostermann Kommentar (2. Aufl.) S. 19 ff., Lehrbuch S. 1 ff. — Besonders aber: Achenbach Bergrecht I. S. 17., 68 ff. — Zu ganz abweichenden Resultaten kommt Arndt in s. S. 577 angeführten Buch.

[2]) z. B. Urk. v. 936 bei Kraut § 94. no. 1.

[3]) Diese neue historische Auffassung hat Achenbach S. 69 ff. höchst wahrscheinlich gemacht.

im Sachsenspiegel findet, verpflichtet, einem Andern die Anlegung eines Bergwerks zu gestatten[4]). Später wurde die Bergbaufreiheit dahin ausgedehnt, daß auch das im Privateigenthum stehende Land[5]) von dritten Personen zur Anlegung eines Bergwerks in Anspruch genommen werden durfte[6]). Hatte Jemand auf dem einem Andern gehörigen Grundstück ein Bergwerk angelegt, so stand dem Grundeigenthümer der Anspruch auf Entschädigung und das Recht des sog. Mitbaus, d. h. das Recht zu, sich zu einer bestimmten Quote am Bau zu betheiligen[7]).

2. Der Volksansicht entgegen entwickelte sich daneben die Regalität des Bergbaus, indem die Könige, welche auf ihren Domänen längst zahlreiche Bergwerke besaßen[8]), den Betrieb des Bergbaus überhaupt von ihrer Concession abhängig machten[9]). Schon in der

---

[4]) Sachsensp. I. 35. § 2: silver ne mut ok neman breken up enes anderen mannes gude, ane des willen, des de stat is; gift he 's aver orlof, de vogedie is sin dar over; Achenbach S. 73 f., Kommer in der Ztschr. f. Bergr. X. S. 396 f. Eicke setzt sich in Opposition gegen die Regalitätsbestrebungen seiner Zeit, Böhlau in d. Heidelb. Krit. Ztschr. V. S. 150 ff. — Vogtei bedeutet hier das Recht des Grundeigenthümers auf eine Abgabe des Bergbauenden; z. B. Baumgartenberger Formelbuch (Bärwald) S. 78: Jus advocatie etiam vocatur illa proprietas, quam habemus in monte aliquo, qui mons cum noster sit proprius, hii qui vineas in eo excolunt, coguntur nobis servire non solum vinum, sed etiam denarium, et illi denarii vocantur vogtphennig.

[5]) Mit Ausnahme des Bodens „unter Tisch, Bett und Feuerstatt" oder unter Wohngebäuden, Achenbach S. 81.

[6]) z. B. Privilegium des Pfalzgrafen für die Bürger von Amberg vom J. 1350 u. 1351 (Gengler C. jur. munic. I. p. 36): „wo sie sich Aerztes versehen, und welcherley Erzt das sey, es sey auf seinen, Edler, Bürger, Mann, arme und reichen Leuthen Eigen oder Erbe gelegen, wie das genannt sey, das mögen sie suchen und einschlagen." — Gasteiner Bergrecht von 1342 (Salzb. Taidinge S. 200. Z. 30 ff.): bedarf awer ein erzman eines lantmans hab ze ichten, es sei holz, wismat, aecker, gesüch oder ander sach wi das genant sei, das sol er an in werben, wie er an im stat vindet, es sei dann rüstholz in den perch, das mag er umb sich siben chlaftern ze allen wenden wol genemen, und ob er ander enden weg nicht gehaben möchte, so sol im der lantman weg geben ze varen über das sein.

[7]) Achenbach S. 78.

[8]) z. B. Kommer S. 377.

[9]) Achenbach S. 81 f., Waitz Verf. Gesch. VIII. S. 269 ff.

ersten Hälfte des 12. Jahrhunderts kommt es vor, daß der König einzelnen Landesherrn oder großen Grundbesitzern (Klöstern) das Recht des Bergbaus ertheilt[10]) und dadurch den Schein zu erwecken sucht, daß es einer solchen Beleihung bedürfe. In der Constitutio de regalibus, welche im J. 1158 in Italien auf den Ronkalischen Feldern erlassen wurde[11]), werden die Silberbergwerke (argentariae) zu den Regalien gezählt, und in den königlichen Urkunden dieser Zeit wird, um die Neuheit des königlichen Anspruchs zu verdecken, betont, daß die Silberbergwerke in imperii nostri finibus dem Reiche antiquae consuetudinis celebritas adjudicavit; die Verleihung an die Landesherrn wird als eine besondere Gnade dargestellt[12]). Immer

---

[10]) Die älteste, von Achenbach S. 82 N. 4 angef. Urk. ist v. J. 1150 (Kraut § 94. no. 2); noch älter ist Lacomblet I. no. 294 vom J. 1122: Heinrich V. verleiht der Abtei Siegburg: ut si quid metalli vel pecunie in ullo possessionum ipsorum fundo sive loco tellus querentibus exposuerit .... juris ipsorum sit nec molestus quisquam sit illis pro jure regio. — Verleihung des ausschließlichen Rechts in einem gewissen Bezirk Goldwäschereien anzulegen in einer italienischen Urk. Heinrichs II. v. J. 1015 in Stumpf acta imperii no. 265; vgl. oben I. § 64 N. 34. — Arndt S. 60 f., 209 ff. vertheidigt die Regalität schon für die Zeiten Chlodwigs und Karl d. Großen.

[11]) Mon. LL. II. p. 111, 112. — Wenn die Constitutio auch nicht den Charakter eines Reichsgesetzes hat, sondern sich speziell auf die Verhältnisse der Lombardei bezieht, so brachten die Kaiser doch auch in Deutschland dasselbe Prinzip zur Geltung. — Durchaus unwahrscheinlich ist Walter's (Privatr. § 153 N. 4) Ansicht, daß sich der Satz nur auf die dem Reich gehörigen Bergwerke bezieht.

[12]) Privil. Friedrich I. für d. Bisth. Trient v. J. 1189 (Böhmer acta imperii I. no. 159; auch bei Kraut § 94. no. 4): quod perseverante actione nostra de argentifodinis apud episcopatum Tridentinum, quas juri nostro tam ibi quam in aliis imperii nostri finibus repertas antiqui juris et consuetudinis celebritas adjudicavit, dei intuitu .... argentifodinas in ducatu Tridentino episcopatuve que nunc sunt vel que in posterum argenti, cupri ferrive omnis metalli ibidem reperientur, preterquam in allodiis comitum Tyrolis et Eppiane, que specialiter duximus excipienda, ecclesie Tridentine imperiali largitione tradimus. — Philipp sagt in seinem Privileg vom J. 1207 (Böhmer I. no. 226) für Brixen: certum est et indubitatum, quod quitquit metalli in visceribus terre reperitur, de antiquissimo jure imperii fisco nostro attinet et camere imperiali, nisi forte nos ex abundanti gratia nostra alicui fidelium nostrorum conferre

häufiger werden die Beleihungen der Landesherrn mit Bergwerken und mit dem königlichen Recht auf Bergwerke, zuerst nur mit Bezug auf ihren Grundbesitz[13]), dann für das ganze Territorium, innerhalb dessen ihnen allgemein das Recht an allen Fossilien zustehen soll[14]). So entwickelte sich das Bergregal als ein regelmäßig den Landesherrn gehöriges Recht, als ein Bestandtheil der Landeshoheit. Doch drang die Regalität nicht überall zu gleicher Zeit durch und es erhielt sich in manchen Gegenden das Bergbaurecht noch im 13. Jahrhundert als Recht des Grundeigenthümers (N. 4). Generell wurde das Regal den Kurfürsten in der goldenen Bulle zugeschrieben[15]).

---

velimus u. s. w. — Priv. v. 1189 für Minden bei Kraut § 94 no. 3, welches Achenbach S. 86 N. für zweifelhaft erklärt. Ueberhaupt ist zu beachten, daß Urkunden über derartige Verleihungen oft gefälscht wurden; vgl. z. B. die Verleihungen v. J. 1222 u. 1232 für den Bischof von Meißen, Gersdorf C. D. Misn. I. no. 95, 102 (letztere Urk. auch bei Kraut § 94. no. 5).

In manchen Privilegien wird bemerkt, daß der Kaiser seiner Kammer Einkünfte vorbehalte, z. B. a. 1189 für Brixen (Mon. Boica XXIX* p. 457): die media pars utilitatis; a. 1207 ebenso für Brixen (Böhmer acta imp. I. no. 226): ut nos in proventibus .... debeamus participare. In der zweifelhaften Urk. v. 1189 für Minden (Kraut § 94. no. 3) u. v. 1193 für Corvey (Achenbach S. 83 N. 1) ist von der decima die Rede; in jener ersten behält sich der König ein Drittel der Einkünfte vor. In der Urk. v. 1184 für Gurk (Böhmer acta imp. I. no. 144) verzichtet er auf alle seine Rechte.

[13]) Kraut § 94. no. 2 v. J. 1150 f. Corvey: intra montem Eresberg, qui Corbejensi ecclesie jure proprietario pertinere noscitur; Urk. vom J. 1156 (Mon. Boica XXIX* p. 322) für das Kloster Berchtesgaden: intra terminos ipsius foresti vel in quolibet ecclesiae suae fundo. Urk. Friedrichs I. für den Bischof und die Kanoniker von Gurk v. J. 1170 (Stumpf acta imperii no. 364): der Kaiser überträgt ihnen omnes fodinas cujusque metalli et salinas, quas in presenti invenerunt et quascumque in posterum inventuri sunt, tam in bonis ad episcopatum pertinentibus, quam in bonis ad prebendam canonicorum spectantibus .... Universum jus ad imperium spectans in fodinis et salinis ipsis remisimus et ea proprietate eorum imperiali clementia assignavimus. — Ebenso für Gurk vom J. 1184 (Böhmer acta imp. I. no. 144), v. J. 1277, Kraut § 94. no. 6: in ecclesiae suae fundo.

[14]) Schon 1189 für Trient vgl. N. 12, 1207 für Brixen (Böhmer I. no. 226): ubicumque in episcopatu suo argentum ... valeat reperire.

[15]) Kraut § 84. no. 1.

Wie aber Regalien, Rechte der Landeshoheit von den Landesherrn vielfach auf vornehme, im Territorium angesessene Personen übergingen, so gelangte auch das Bergregal häufig an Korporationen, große Grundbesitzer, Klöster, sei es durch Verleihung, besonders in den Formen des Lehnrechts, sei es durch unvordenkliche Zeit[16]): sog. Privatbergregal[17]).

Wo das Regal galt, hatten die Landesherrn innerhalb der Grenzen ihres Territoriums ein allgemeines Okkupationsrecht an den Mineralien im Boden und durfte ein anderer nur auf Grund landesherrlicher Genehmigung Mineralien bergmännisch gewinnen[18]). Ueberdies nahmen die Landesherrn auch ein allgemeines Vorkaufsrecht an edlen Metallen für sich in Anspruch[19]). In welchem Umfange die Mineralien regal seien, war eine Frage des Partikularrechts (vgl. unten § 143. 1); regelmäßig sind es die Metalle und das Steinsalz. Oft wurden aber auch die Salzquellen nach gleichen Grundsätzen behandelt und es entwickelte sich, wie es scheint seit dem 12. Jahrhundert, neben dem Berg- ein Salinenregal[20]), so daß nur mit

---

[16]) z. B. Achenbach I. S. 436 N. 1.

[17]) Achenbach S. 225 ff., Klostermann S. 398 ff. — Ueber die Frage, inwieweit in der Verleihung der untergeordneten Landeshoheit auch das Bergregal mit begriffen sei, Achenbach I. S. 227 f.; ältere Literatur bei Emminghaus S. 183. no. 30, 33.

[18]) z. B. Gasteiner Bergrecht des 14. Jahrh. (Salzb. Taidinge S. 196. Z. 3 ff.): sol ein iglicher perkman oder wer perkwerch arbait in unsers gnedigen herren von Salczburg lande perkwerch in seinen rechten vervahen von ainem weksler [der oberste Bergbeamte, so genannt wegen der Beziehung des Bergregals zur Münze und wegen des fiskalischen Vorkaufsrechts, vgl. S. 201. Z. 18 ff.] oder seinem richter; S. 199. Z. 39: das unser perchrichter alle hofstet und fünde auf dem perch leihe, wo sich das wandelt; Grimm Weisth. II. S. 33 f.

[19]) Mon. LL. II. p. 302. a. 1234: quicumque argentum vendere voluerit, ad monetam debeat illud presentare, nec ad nundinas nec alias illud presumat deferre; vgl. auch N. 18. Dieses Vorkaufsrecht ist auch in zahlreichen späteren Bergordnungen anerkannt.

[20]) Vgl. H. A. Zachariä (N. 1), Böhlau de regalium notione et de salinarum jure regali (Vimariae 1855). 4°, besonders p. 7 ff. u. p. I ff., an welchem letztern Ort der Verf. Regesten zur Geschichte des Salinenrechts liefert; auch stellt er im Anhange reiche Literatur zusammen; Schröder die Erbsälzer zu Werl, in d. Ztschr. f. RG. X. S. 258—292, Waitz Verf. G. VIII. S. 272, Arndt Bergregal S. 120 ff.

kaiserlicher, später landesherrlicher Erlaubniß Salinen angelegt werden sollten[21]). Indessen drang in dieser Beziehung die Regalität nicht so allgemein durch und überdies befanden sich zahlreiche Salinen noch aus den Zeiten her, in welchen sie als Pertinenzien des Grund und Bodens galten, im Privateigenthum[22]).

3. Das entgegenstehende Prinzip der Bergbaufreiheit bewirkte aber, daß in vielen Territorien seit dem 16. Jahrhundert die Bestimmung getroffen wurde, der Landesherr oder die landesherrliche Behörde werde, soweit sie sich nicht einzelne Felder vorbehalten habe[23]), diejenigen mit dem Bergbaurecht beleihen, welche beim Schürfen auf Mineralien stoßen und um die Beleihung nachsuchen würden[24]). Anderwärts fand diese Abschwächung der Regalität nicht statt und hing die Verleihung der Bergbaugerechtigkeit an Private lediglich vom landesherrlichen Belieben ab (Hannover).

Wo Bergbaufreiheit galt, kam sie nicht überall in gleichem Umfang zur Geltung: sie erstreckte sich nur auf gewisse Fossilien, während andere dem landesherrlichen Bergbau reservirt waren und von Privaten nur auf Grund eines nach Willkür ertheilten Privilegs, einer Specialverleihung, okkupirt werden durften[25]); insbesondere bezog sich die Freierklärung des Bergbaus regelmäßig nicht auf die Salinen[26]). Oder es galt die Auffassung, daß der Staat die be-

---

[21]) Nicht alle Urkunden bei Böhlau liefern einen deutlichen Beweis; auf die Ronkalische Constitution de regalibus (vgl. oben N. 11) kann man, wie auch Böhlau S. 18 sagt, sich nicht direkt berufen, weil hier nur von salinarum redditus die Rede ist. Dagegen übertrug wohl die goldene Bulle den Kurfürsten allgemein das Salinenregal, weil minerae salis nicht bloß das Steinsalz, sondern auch die Salzquellen bezeichnet, Böhlau S. 17.

[22]) Böhlau S. 13 f. — Die Regalität war anerkannt z. B. in Böhmen, Sachsen (Emminghaus S. 203. no. 48, 49, Haubold § 258), Brandenburg, Preußen (auch Preuß. Ldr. II. 16. § 71), Würtemberg (v. Wächter I. S. 850, Reyscher II. § 249 N. 3, 10 ff.).

[23]) Ueber diese Vorbehalte in älterer Zeit Achenbach S. 210 ff.

[24]) Achenbach S. 98 ff., 207 f. — Preuß. Ldr. II. 16. § 174.

[25]) Einige Nachweisungen bei Achenbach S. 99 N. 3, S. 216 f.

[26]) So nach dem ältern sächs. u. preuß. Recht, nach östr. Recht, Böhlau S. 19 f., Laband über das Recht der Salzgewinnung im Fürstenthum Reuß j. L., in d. Ztschr. f. Bergr. XX. S. 34 f. (die betreffende Denkschrift war vorher separatim erschienen Straßb. 1878).

treffenden Fossilien überall beanspruchen, im übrigen aber nur dem Grundeigenthümer, nicht einem Dritten gestatten dürfe, einen Bau auf sie hin zu unternehmen[27]). Auch konnte der Landesherr, wenn dadurch nicht die Rechte Dritter verletzt wurden, also nicht schon eine Muthung vorlag, auf welche nach bergrechtlicher Vorschrift eine Verleihung zu erfolgen hatte, vermöge seines Regals Beleihungen vornehmen, welche von den gewöhnlichen Grundsätzen abwichen; er konnte sie gegen oder ohne jedes Aequivalent und in den verschiedensten Formen, einfach oder zu Lehnrecht, zu Erbzinsrecht u. s. w. ertheilen, besonders einen bestimmten Bezirk einer Person zum Bergbau verleihen[28]) u. s. w.

4. In der neuesten Zeit haben die deutschen Staaten nach dem Vorbilde der französischen Gesetzgebung das eigentliche Bergregal, ihr ausschließliches Verfügungs- und Gewinnungsrecht mit Bezug auf die bisher regalen Mineralien gänzlich aufgegeben und nur die Bergbauhoheit behalten. Der Staat ist nicht mehr generell bergbauberechtigt, kann sich nicht mehr einzelne Distrikte reserviren, Verleihungen gegen die Regeln der Bergordnungen vornehmen, nicht mehr großen Grundbesitzern das Bergregal übertragen, da er selbst es nicht mehr besitzt[29]). Jeder, welcher Mineralien suchen will, erhält von der Obrigkeit die Befugniß dazu, wenn er die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Der Staat verleiht nicht in derivativer Weise ein ihm bisher zustehendes Privatrecht, sondern er ertheilt in

---

[27]) So für Kohlen in Braunschweig, Steinacker S. 368 f.

[28]) Revierbeleihung, Specialverleihung u. s. w., Achenbach S. 219 ff., übrigens weichen die Bezeichnungen unter einander sehr ab, Achenbach S. 222 N. 1, Laband a. a. O. 83 ff., 36 ff., Böhlau zur Lehre von den Distriktsverleihungen (Festschrift f. Thöl). Rostock 1879. S. 25 ff.

[29]) Indessen ist in einzelnen Staaten das Privatbergregal, soweit es damals existirte, beibehalten und haben Privatregalherrn, wenngleich der Bergwerksbetrieb in ihrem Bezirk den allgemein gesetzlichen Regeln unterliegt, noch ihre besondern Bergbehörden behalten, welche unter den staatlichen Oberbergämtern die Bergpolizei ausüben; auch beziehen sie noch Abgaben von den Bergwerken ihres Bezirks. Vgl. Preuß. Bergges. v. 1865. § 250, u. Klostermann Comment. zu diesem Paragr. u. Bergrecht S. 398; er giebt an, wie weit in Preußen das Privatregal noch besteht; vgl. auch Achenbach S. 114 f. — Ueber die schlesischen Bergbauprivilegien vgl. Gebicke in der Ztschr. f. Bergr. XIII. S. 234 ff., 359 ff., XIV. S. 475 ff., XV. S. 219 ff.

Folge seines Hoheitsrechts gemäß den gesetzlichen Regeln die Concession, vermöge deren der Einzelne in einem konkreten Umfange bergbauberechtigt wird[30]).

§ 143. Die Bergbauberechtigung.

1. In Folge des Bergregals und später der Berghoheit sind gewisse, die sog. regalen, Fossilien von der Dispositionsbefugniß des Grundeigenthümers ausgenommen. Welche Fossilien dies sind, wird durch die Partikularrechte bestimmt. Während die Constitutio de regalibus nur Silber und salinarum redditus nennt, sprechen die kaiserlichen Verleihungsurkunden und die goldene Bulle[1]) von Gold, Silber, Kupfer, Blei, Zinn, Eisen oder allgemein von den Metallen und überdies noch dem Salz. Die Metalle gelten auch später allgemein als regal; für andere Fossilien hat sich partikulär die Regalität entwickelt, so für Braun- und Steinkohlen[2]), aber auch für manche Arten von Erden und Steinen[3]).

Die neueren Berggesetze führen die einzelnen regalen Fossilien auf[4]) und lassen gegen die frühere, ungemessene Ausdehnung der Regalität Einschränkungen eintreten; besonders sollen die Metalle, Kohlen, Steinsalz und auch die Soolquellen von dem Dispositionsrecht des Grundeigenthümers ausgenommen sein. Das Preußische Berggesetz vom 24. Juni 1865 sagt § 1:

> Die nachstehend bezeichneten Mineralien sind von dem Verfügungsrechte des Grundeigenthümers ausgeschlossen: Gold, Silber, Quecksilber, Eisen, mit Ausnahme der Raseneisenerze, Blei, Kupfer, Zinn, Zink, Kobalt, Nickel, Arsenik, Mangan, Antimon und Schwefel, gediegen und als Erze, Alaun- und Vitriolerze, Stein-

---

[30]) Achenbach S. 104 ff., 209 ff.

[1]) Vgl. die Belege bei Kraut § 84 u. 94.

[2]) In Sachsen sind sie nicht regal, Haubold § 244, Berggesetz vom 16. Juni 1869. § 4.

[3]) Ueber das Salpeterregal in Würtemberg, welches erst 1820 aufgegeben wird, vgl. v. Wächter I. S. 486, 850, 1004. — Ueber Kalk Hommel rh. 607, Torf Pfeiffer in d. Ztschr. f. d. R. XIII. S. 223—242. — Ueber den Bernstein vgl. unten § 149. V. — Im allgemeinen Achenbach S. 120.

[4]) Achenbach S. 121 ff., Klostermann S. 56 ff.

kohle, Braunkohle und Graphit, Steinsalz nebst den mit demselben auf der nämlichen Lagerstätte vorkommenden Salzen und die Soolquellen[5]).

Was speziell die Salzquellen betrifft, für welche in den ältern Gesetzen besondere Grundsätze bestanden (§ 142 N. 20), so sind sie nach den neuesten Gesetzen unter die allgemeinen Regeln des Bergrechts gestellt[6]) und gilt auch für sie regelmäßig die Bergbaufreiheit, so daß auch ein Anderer als der Grundeigenthümer die Concession zu ihrer Ausbeutung verlangen darf[7]). In einzelnen Ländern ist dagegen die Regalität mit Bezug auf Salz und Salzquellen beibehalten[8]), in noch andern verbleiben sie dem Grundeigenthümer[9]).

Die in den Gesetzen nicht aufgeführten Fossilien stehen im Verfügungsrecht des Grundeigenthümers, welcher jeden Dritten von ihrer Aneignung ausschließen darf[10]).

---

[5]) Dabei bleiben, § 210—214, noch provinzielle Abweichungen bestehen, welche mehr oder weniger Mineralien ausnehmen; insbesondere verbleiben in den vormals kgl. sächsischen Landestheilen die Braun- und Steinkohlen dem Grundeigenthümer, Achenbach S. 125. —. Nach sächs. Bergges. v. 1868: die wegen ihres Metallgehalts nutzbaren Mineralien. — Oest. Ges. v. 1854: „alle Mineralien, welche wegen ihres Gehaltes an Metallen, Schwefel, Alaun, Vitriol oder Kochsalz benützbar sind, ferner die Zementwässer, Graphit und Erdharze, endlich alle Arten von Schwarz- und Braunkohle."

[6]) Daß nach dem gesetzlichen und wissenschaftlichen Sprachgebrauch die Soolquellen zu den Mineralien gezählt werden, Achenbach S. 123 N. 1.

[7]) Oben das Preuß. Ges.; die VO. v. 28. Juni 1848. § 1 für Anhalt, Dessau und Köthen hebt das Regal auch in Bezug auf Steinsalz und Salzquellen auf.

[8]) Sächs. Bergges. v. 1868. § 5: „die Benutzung von Steinsalz und Salzquellen zur Salzgewinnung bleibt dem Staatsfiskus vorbehalten. Es kann jedoch von dem Finanzministerium Privatpersonen Concession dazu gegeben werden"; Lippe'sche Bergordnung vom 30. Sept. 1857. § 3: „die Gewinnung des Salzes sowohl als Steinsalz, wie auch als Soole, desgl. die Benutzung der Salz- und Mineralquellen zu Brunnen und Badeanstalten bleibt der Landesherrschaft vorbehalten." Ueber Oestreich Prážak Recht der Enteignung S. 95.

[9]) So in Hannover (Grefe II. S. 90). Daher läßt die Preuß. VO. v. 8. Mai 1867, welche das Berggesetz in Hannover einführt, in art. II aus dem § 1 des Preuß. Berggesetzes fort: Steinsalz, nebst den mit demselben auf der nämlichen Lagerstätte vorkommenden Salzen und die Salzquellen. — Ebenso sind die Soolquellen ausgenommen im Fürstenthum Pyrmont, Klostermann Lehrb. S. 427.

[10]) Achenbach S. 129.

2. Ueber das Rechtsverhältniß an den Fossilien, so lange Niemand mit der Bergbaugerechtigkeit beliehen ist, besteht Streit[11]). Zur Zeit der unbedingten Regalität behauptete man, daß der Kaiser, Landesherr oder Fiskus Eigenthümer aller Fossilien und ihrer Lagerstätten sei und durch Verleihung des Baurechts sein Eigenthum an den Fossilien übertrage[11a]). Abgesehen von der Unmöglichkeit, ein besonderes Eigenthum an derartigen unselbständigen Gegenständen zu konstruiren, ist diese Ansicht in der Gegenwart unmöglich, wo der Staat kein Recht des eigenen Baues innerhalb seines Territoriums hat. — So stehen sich jetzt hauptsächlich zwei Ansichten gegenüber[12]).

Nach der einen sind die betreffenden Fossilien herrenlos, aber sie (und ihre Lagerstätten) können in das Eigenthum dessen, welcher das Okkupationsrecht vom Staat erhielt, übergehen[13]). Indessen haben die Fossilien im Boden keine selbständige Existenz, sind ein integrirender Bestandtheil desselben und können vor ihrer Absonderung oder Förderung auch nicht in Gedanken als besondere Rechtsobjekte gelten, für welche ein anderes Eigenthumsverhältniß, als für den Boden selbst bestünde. So wie nur an räumlich begrenzten Sachen Eigenthum besteht, so kann auch „Nicht-Eigenthum" oder Herrenlosigkeit nur wiederum an wenigstens der Idee nach in bestimmter Weise begrenzten Sachen bestehen.

Daher bleibt nur die andere Ansicht übrig, daß die Fossilien, so lange sie sich im Boden befinden, als pars fundi im Eigenthum

---

[11]) Eine Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten bei **Stündeck** de jure metallorum, quod vocant Bergwerkseigenthum. Berol. 1868. p. 20 ff.; vgl. auch **Roth** B. III. § 242 N. 21 ff., § 244.

[11a]) So zuletzt noch **Arndt** S. 280 ff.

[12]) Das Preuß. Berggesetz § 1 und übereinstimmend das sächs. v. 1868 § 1 entscheidet sich nicht über diese theoretische Frage und beschränkt sich auf die Erklärung, daß der Grundeigenthümer kein Verfügungsrecht über die betreffenden Mineralien habe, — was doch nicht identisch damit ist, daß er nicht Eigenthümer sei; vgl. auch **Achenbach** S. 113 N. 1.

[13]) Preuß. Ldr. II. 14. § 22, II. 16. § 1, 6; das Baier. Berggesetz § 1 ändert den Satz des Preuß. Berggesetzes § 1 (oben) um und sagt: „das Eigenthumsrecht an Grund und Boden erstreckt sich nicht auf die nachstehend bezeichneten Mineralien u. s. w.", so auch v. **Gerber** § 95 N. 3, 4 (sie gelten „rechtlich für herrenlos"), **Klostermann** Kommentar zu § 1. S. 71 ff. (3. Ausg.).

des Grundeigenthümers stehen[14]). Sie gehören ihm, weil er nicht bloß Eigenthümer der Oberfläche, sondern auch dessen ist, was sich unter ihr befindet. Er ist nicht Eigenthümer der Fossilien als solcher, sondern sein Eigenthum am Boden umfaßt zugleich die darin unausgeschieden existirenden Fossilien. Aber in Folge der Regalität oder Berghoheit ist er an sich nicht berechtigt, durch einen Separationsakt die Fossilien zu besondern Sachen zu machen und an ihnen als gesonderten Rechtsobjekten das Eigenthum zu erwerben; vielmehr wird dies Separations- und Okkupationsrecht nur durch die Obrigkeit verliehen, sei es dem Grundeigenthümer, sei es einer fremden Person[15]).

3. Bergbauberechtigt ist nur, wer der Behörde das Vorhandensein von Fossilien innerhalb eines bestimmten Feldes und die Bauwürdigkeit wahrscheinlich gemacht hat und auf Grund seines Gesuchs (Muthung) von der Behörde mit der Berechtigung innerhalb bestimmter Grenzen beliehen ist. Wer muthet, kann entweder zufällig (bei Vornahme von Bauten, Brechen von Steinen, oder weil die Lagerstätte bis zur Erdoberfläche geht) auf Lagerstätten von regalen fossilen Bodenbestandtheilen gestoßen sein oder nach ihnen gesucht, geschürft haben.

Unter Schürfen[16]) versteht man die Arbeiten, um ein regales

---

[14]) Sie liegt einzelnen Aeußerungen des französ. Bergrechts zu Grunde (C. civ. 552, Achenbach S. 103 f.); in den Motiven v. J. 1862 zum Preuß. Berggesetz (auch bei Achenbach S. 105) heißt es: „daß die Mineralien in Wirklichkeit Bestandtheile des Grund und Bodens — pars fundi — sind, so lange sie sich noch ungewonnen auf ihren natürlichen Lagerstätten befinden und daß sie bis zur Gewinnung nicht als Sachen im rechtlichen Sinne, mithin auch nicht als herrenlose Sachen betrachtet werden können." Für diese Ansicht auch Stündeck p. 20 ff., 32 ff., Achenbach S. 94 ff., 110 ff.

[15]) Eine analoge Erscheinung bietet die Frucht im Verhältniß zum Boden dar. Wenn der Eigenthümer seinen Acker verpachtet, sind die auf ihm wachsenden Früchte vor ihrer Separation nicht Gegenstand eines besonderen Eigenthums; sie gehören zum Boden und mit demselben dem Verpächter. Selbständiges Objekt für das Eigenthum werden sie erst durch ihre Trennung vom Boden; jetzt werden sie Eigenthum des Pächters, ebenso wie da, wo der Grundeigenthümer selbst den Fruchtgenuß ausübt, sie sein Eigenthum werden.

[16]) Achenbach S. 325 ff., Klostermann S. 63 ff., Pražak Enteignung S. 212 ff.

Mineral soweit aufzusuchen, daß auf Grund des Fundes eine Muthung erfolgen kann, also Abräumen der Dammerde, Bohren ꝛc. Nach dem alten Recht der Bergbaufreiheit mußte jeder Grundbesitzer das Schürfen auf seinem Grundstück dulden [17]) und waren nur gewisse Orte davon ausgenommen, die Stelle, wo der Tisch, das Bett, die Feuerstatt sich befindet (§ 142 N. 5). Weder bedurfte es zum Schürfen einer obrigkeitlichen Erlaubniß, noch der Verhandlung mit dem Grundeigenthümer; derselbe hatte nicht einmal allgemein einen Anspruch auf Entschädigung, sondern konnte bei fruchtlosem Schürfen nur das Ausfüllen der Grube und Wiederebnen des Bodens, und wenn es Erfolg gehabt hatte, einen Erbkux fordern. Erst seit dem vorigen Jahrhundert treten Beschränkungen ein. Der Grundeigenthümer braucht das Schürfen nicht zu leiden mit Bezug auf bestellte Aecker, Gärten, Wohn- und Wirthschaftsgebäude, sowie die Umgebungen derselben bis auf eine bestimmte Entfernung; ebenso sind ausgenommen öffentliche Plätze, Friedhöfe, Eisenbahnen u. s. w. Wer schürfen will, bedarf eines Schürfzettels, welchen ihm aber die Bergbehörde nicht verweigern darf, hat sich mit dem Grundbesitzer in Verbindung zu setzen und ihm den gehabten Schaden zu ersetzen [8]), auch Caution zu leisten, wenn eine Werthverminderung für das Grundstück zu befürchten steht [19]).

Nach neuestem Bergrecht ist der Schürfzettel wieder fallen gelassen. Der Grundeigenthümer kann ohne weiteres auf seinem Grundstück schürfen und andern Personen das Schürfen gestatten [20]). Will er einem Dritten, der das Schürfen beabsichtigt, es untersagen, so entscheidet die Bergbehörde, ob er für seine Weigerung einen gesetzlichen Grund hat (z. B. zu große Nähe bei seinem Wohngebäude), und verpflichtet ihn, falls dies nicht der Fall ist, das Schürfen zu dulden. Es können auch mehrere Personen neben einander, z. B. der Grundbesitzer neben einem Dritten, auf demselben Grundstück schürfen. „Auch darf in den Feldern fremder Bergwerke nach den-

---

[17]) Eine sog. Legalservitut, vgl. oben § 85, 6.

[18]) Preuß. Ldr. II. 16. § 150.

[19]) Preuß. Berggesetz § 6.

[20]) Nach dem Oestr. Berggesetz § 5, 14 bedarf es noch weiter, auch für den Eigenthümer, des Schürfzettels.

jenigen Mineralien geschürft werden, auf welche der Bergwerkseigenthümer Rechte noch nicht erworben hat"[21]).

4. Wer auf Grund seines, sei es zufälligen, sei es durch Schürfen herbeigeführten Fundes ein Bergwerk anzulegen wünscht, hat bei der kompetenten Bergbehörde ein Gesuch anzubringen, zu **muthen**, und dabei den Ort, die Lagerstätte, das gefundene Mineral, die Größe des beanspruchten Feldes anzugeben[22]). Bei mehreren Muthungen für dasselbe Feld entscheidet im allgemeinen die Zeit derselben über den Vorzug. In Betreff der Frage, ob der zufällige Finder, welcher früher als ein Anderer, der auf demselben Territorium schürft, Mineralien entdeckt, vorgeht oder ob der Schürfende das Vorrecht hat, gehen die Bergrechte weit auseinander[23]).

Ergiebt die amtliche Untersuchung der Bergbehörde, daß das angegebene Fossil sich in der That auf seiner natürlichen Ablagerung befindet und daß keine Rechte dritter Personen entgegen stehen, indem sowohl das gewünschte Feld bergfrei ist, als keine andere Muthung vorliegt, so wird dem Muther die Bergbaugerechtigkeit verliehen und eine Urkunde ausgestellt, welche enthalten muß „den Namen, Stand und Wohnort des Berechtigten, den Namen des Bergwerks, den Flächeninhalt und die Begrenzung des Feldes, . . . die Benennung des Minerals oder der Mineralien, auf welche das Bergwerkseigenthum verliehen wird, Datum der Urkunde, Siegel und Unterschrift

---

[21]) Preuß. Berggesetz § 10. Abs. 1.

[22]) Achenbach S. 397 ff., Klostermann S. 77 ff.

[23]) v. Gerber § 96 N. 3, Achenbach S. 357 ff., Klostermann S. 87 ff., Wachler das Finderrecht nach dem Preuß. Berggesetz. Inaug. Dissert. 1874 (auch in d. Ztschr. f. Bergrecht XV. S. 298 ff.). — Im allgemeinen hat nach neuerem Recht der erste Finder das Alter im Felde, d. h. er hat den Vorzug vor jedem Andern, falls er in bestimmter Zeit um die Beleihung muthet; das Preuß. Ges. § 24 und die ihm folgenden Gesetze bestimmen: „Wer auf eignem Grund und Boden oder in seinem eigenen Grubengebäude oder durch Schürfarbeiten, welche nach Vorschrift der § 3—10 unternommen worden sind, ein Mineral auf seiner natürlichen Ablagerung entdeckt, hat als Finder das Vorrecht vor andern, nach dem Zeitpunkte seines Fundes eingelegten Muthungen. Der Finder muß jedoch innerhalb einer Woche nach Ablauf des Tages der Entdeckung Muthung einlegen, widrigenfalls sein Vorrecht erlischt." § 25: in allen übrigen Fällen entscheidet der Moment der Präsentation der Muthung.

des verleihenden Oberbergamts" (Preuß. Berggesetz § 34)[24]). Erst jetzt ist die Bergbaugerechtigkeit erworben[25]). Daneben besteht partikulär die Verpflichtung für den Berechtigten, dieselbe im Grundbuch eintragen zu lassen[26]).

Nach älterm Recht wurden dem Grundeigenthümer, dessen Besitz Gegenstand eines Bergwerks wurde, gewisse Vermögensvortheile zugewiesen[27]): er hatte das Recht des sog. Mitbaus, d. h. das Recht, sich an dem zu eröffnenden Bergwerk für eine gewisse Quote (zur Hälfte) zu betheiligen[28]) oder erhielt eine Quote von den Erträgnissen[29]), ein oder mehrere Grund- oder Erbkuxe[30]). Das neuere

---

[24]) Ueber die Verleihung Achenbach I. S. 430 ff., Klostermann S. 94 f.

Gegenüber Achenbach's (S. 436 N. 1, 2) Ansicht, daß durch Verjährung die Bergbauberechtigung nicht mehr erworben werde, ist Dernburg § 264 N. 6 zuzustimmen, daß sie unter Voraussetzung der bona fides ersessen werden könne; bona fides ist leicht möglich, wo die Gerechtigkeit über die Grenzen der Beleihung hinaus ausgeübt wird.

[25]) Haltlos ist die weit verbreitete Annahme (auch noch bei Klostermann S. 158 ff.), daß die Muthung ein dingliches Recht, resolutiv bedingt in Rücksicht auf die Pflicht, die Verleihung zu erlangen, oder ein Forderungsrecht gegen den Staat auf Verleihung erzeuge. Durch die Muthung entsteht kein Privatrecht, kein jus quaesitum, sondern ein unter verwaltungsrechtlichen Gesichtspunkten stehender Anspruch auf Beleihung, auf Vollziehung eines Akts der Staatshoheit; vgl. auch Arndt S. 264 ff., Böhlau Distriktsverleihungen S. 34 ff.

[26]) In Preußen ist die Zwangstitelberichtigung für Bergwerke immer aufrecht erhalten, Klostermann S. 205. Demgemäß bestimmt auch das Preuß. Gesetz v. 5. Mai 1872. § 68: „das Bergwerkseigenthum wird durch die von dem Ober-Bergamt ertheilte Verleihung ... erworben. Der Erwerber ist in diesen Fällen von Amtswegen zur Eintragung seines Bergwerkseigenthums anzuhalten. Zu diesem Zweck hat das Ober-Bergamt dem Grundbuchamt eine beglaubigte Abschrift der Verleihungsurkunde .. zuzustellen."

[27]) Vgl. auch die vogedie der Sachsenspiegelstelle, § 142 N. 4. — Pražak Enteignung S. 88 N. 3.

[28]) Pr. Ldr. II. 16. § 124 ff., Klostermann S. 334 ff.

[29]) Gasteiner Bergrecht des 14. Jahrh. (Salzb. Taid.) S. 198. Z. 42 f.: das virzigst gehört dem zue, des der grunt ist, darauf das perchwerch ist; S. 199. Z. 39 ff.: die vanchpfenning und das vierzigist gehort den an, des der was ist.

[30]) Wenn auf ihnen keine Verpflichtung zur Zubuße lastet und eine Theilnahme an der Ausbeute erst eintritt, nachdem reiner Gewinn erzielt worden ist,

Recht giebt dem Grundeigenthümer keinen Anspruch auf Mitbau oder Freikuxe bei neu anzulegenden Bergwerken, sondern nur auf Entschädigung wegen Abtretung der Nutzungen seines Grundstücks[31]).

5. Die Beleihung ertheilt dem Beliehenen die ausschließliche Befugniß, die benannten Fossilien in seinem Felde aufzusuchen und durch Separation das Eigenthum an ihnen zu gewinnen, sowie alle erforderlichen Vorrichtungen unter und über Tage zu treffen.

Das Recht, welches der Bergbauende an den Fossilien, resp. Lagerstätten derselben oder an dem ihm verliehenen Bergwerksfelde durch die Beleihung erhält[32]), wird oft sowohl in Gesetzen[33]) als in der Literatur[34]) Eigenthum genannt; er habe das Eigenthum am Bergwerk geschieden von dem Eigenthum dessen, welchem die Oberfläche gehört, oder er habe ein dominium utile im Gegensatz des dominium directum des Staats[35]). Auch in den neueren Berggesetzen wird der Ausdruck Bergwerkseigenthum und Bergwerkseigenthümer unbedenklich gebraucht[36]).

Ein Eigenthum im wahren Sinne des Worts ist unhaltbar;

---

heißen sie Freikuxe; Preuß. Ldr. II. 16. § 117 ff., Koch Commentar zu § 117, Klostermann Commentar zu § 224 S. 339 f.; auch oben I. § 59 N. 5.

[31]) Preuß. Ges. § 224, 225; vgl. darüber unten 9.

[32]) Vgl. Stündeck p. 41 ff., Commer exponitur natura ac vis dominii ex jure metallico adquisiti. Berol. 1869 (p. 2—41 referirt er über die verschiedenen Ansichten), Achenbach S. 235—263, Klostermann S. 142—164, Roth III. § 243.

[33]) Preuß. Ldr. II. 16. § 131, 133, 253, 255 und sonst häufig; über den Gebrauch in ältern und in den franzöſ. Quellen Achenbach S. 245 f., 257 ff. — art. 19 des franzöſ. Berggesetzes: du moment où une mine sera concedée, meme au proprietaire de la surface, cette propriété sera distinguée de celle de la surface et désormais considérée comme propriété nouvelle.

[34]) Vgl. die Anführungen bei Stündeck p. 44 ff., Achenbach S. 243 N. 1, S. 249 N. 1, Roth III. § 243 N. 2; für dasselbe auch Beseler § 205 N. 4, Klostermann S. 142 ff.

[35]) So besonders Eichhorn § 276; Maurenbrecher § 252ᵃ geht so weit zu sagen: „alle Berggesetze und Berggerichte, so wie alle andern Autoritäten sind darüber einig, daß der Bergeigenthümer ein dominium utile habe"; das Bergeigenthum sei „eine ganz aparte Besitzform des deutschen Rechts." Andere Schriftsteller führt an Stündeck p. 42 ff. — Vgl. dagegen Haubold § 247. Zus. 1.

[36]) Vgl. die Stellen bei Achenbach S. 257 ff., Klostermann S. 150 f.

auch gebrauchen die Gesetze den Ausdruck nicht in der Tendenz, den Eigenthumsbegriff zu behaupten und aus ihm Consequenzen zu ziehen. Vielmehr erklärt sich dieser Sprachgebrauch aus der laxen Terminologie, welche im deutschen Recht mit Bezug auf das Wort Eigenthum herrscht[37]); man will nur ein irgendwie qualifizirtes Herrschaftsrecht bezeichnen und braucht das Wort Eigenthum statt des schleppenderen Bergbaugerechtigkeit.

Das sog. Bergwerkseigenthum giebt dem Berechtigten nicht ein allgemeines, oberstes Herrschaftsrecht über den verliehenen Raum, sondern nur ein bestimmtes Nutzungsrecht. Nicht bloß behält der Grundeigenthümer trotz des Bergwerks an sich das Eigenthum, falls er nicht expropriirt ist, und kann dasselbe soweit ausüben, als er nicht durch das Recht des Bergbauberechtigten eingeschränkt ist, sondern es kann auch mit Bezug auf denselben Raum einem Zweiten eine Bergbaugerechtigkeit auf andere Fossilien hin verliehen werden[38]). Und andererseits darf der Berechtigte über den Raum nur zu bergbaulichen, nicht zu sonstigen Zwecken verfügen.

Somit hat der Berechtigte an dem ihm verliehenen Felde ein dem modernen Recht eigenthümliches Herrschaftsrecht, eine Gerechtigkeit, welche an und für sich in dem Eigenthum an dem Grundstück nicht begriffen ist. Auch der Grundeigenthümer selbst erlangt das Recht nur auf Grund einer besondern Verleihung. Der Umstand, daß der Grundeigenthümer zu seinem Eigenthum dies Recht noch besonders hinzu erwerben kann, weist darauf hin, daß man es auch nicht allgemein als Recht an einer fremden Sache bezeichnen darf[39]).

---

[37]) Vgl. oben § 78. 3—6. — Mit Bezug auf das Preuß. Lbr. sagt dies der Plen. Beschl. des O. Trib. v. 18. Apr. 1843, und die Motive zum Preuß. Berggesetz erklären sich gleichfalls gegen das Bergwerkseigenthum, Achenbach S. 244 N. 1, S. 266. — Vgl. auch Erk. des Reichsger. Straff. V. S. 183.

[38]) Preuß. Berggesetz § 55, 56, Klostermann Bergrecht S. 133 ff. Im letzteren oben genannten Fall müßte man ein dreifaches Eigenthum, und falls man dem Staat das dominium directum zuschriebe, gar ein vierfaches mit Bezug auf denselben Raum annehmen.

[39]) Zustimmend Hartmann Rechte an eigener Sache S. 71 ff., auch in Ihering's Jahrbb. XVII. S. 127). — Dagegen spricht Klostermann's Argument (Bergrecht S. 143), „daß es nicht ein dingliches Recht an einem einzelnen Grundstück darstellt, daß vielmehr sein Gegenstand in einem selbständigen Felde besteht, dessen Begrenzung von derjenigen des Grundeigenthums ganz unabhängig

In dem gedachten Fall findet eine über den gesetzlichen Inhalt des Eigenthums hinausgehende Erweiterung statt.

Doch ist die Bergbaugerechtigkeit nicht einfach ein bestimmt qualifizirtes Nutzungsrecht am Grund und Boden, sondern ein Recht zusammengesetzten Inhalts[40]), indem es auch weitere Befugnisse gegenüber dem Grundeigenthümer (vgl. unten 9) in sich schließt.

6. Die Bergbaugerechtigkeit wird, was Veräußerung, Verschuldung, Verpfändung, die Bestellung von sonstigen dinglichen Rechten[40a]) u. s. w. anbetrifft, nach den für Immobilien geltenden Grundsätzen behandelt[41]): sie wird in den Grund- und Hypothekenbüchern verzeichnet und eine Hypothek an dem Bergwerk nur durch Eintragung begründet[42]).

---

ist", nicht gegen ein jus in re aliena; denn ein solches kann auch an mehreren neben einander liegenden Grundstücken bestellt werden.

[40]) Vgl. für diese Auffassung v. Gerber § 95 N. 8, Walter § 167, Stündeck p. 52 ff., Oppenhoff, in der Ztschr. f. Bergrecht XII (1871) S. 187 ff. (gegen Klostermann gerichtet), Achenbach S. 238 ff., 249 f.

[40a]) Wenn an einem Bergwerk ein Nießbrauch besteht, wie z. B. zufolge des ususfructus maritalis oder des Rechts, welches der Vater am Vermögen seiner Kinder hat, ist es kontrovers und partikularrechtlich verschieden geregelt, ob der Nießbraucher die Ausbeute selbst oder nur die Zinsen derselben beanspruchen darf, vgl. Gräff in d. Ztschr. f. Bergrecht I. S. 579—588, Klostermann S. 210 ff., Roth B. III. § 260 N. 3 ff., vgl. auch Windscheid § 144 N. 8 — In Uebereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen über das Wesen des Nießbrauchs bestimmen mehrere Partikularrechte, daß der Nießbraucher die Erträgnisse selbst sich aneignen dürfe, C. civ. art. 598, Oestr. GB. § 511, Sächs. GB. § 609, 630, vgl. auch Sächs. Berggesetz v. 16. Juni 1868 § 5, während andere Gesetze, weil die Erzeugnisse des Bergbaus nicht nachwachsen (keine fructus renascentes), sondern durch den Bergbau eine Substanzverminderung eintritt, dem Nießbraucher nur die Zinsen der Ausbeute zuweisen, Const. Saxon. III. 25, Preuß. Ldr. I. 21. § 37, vgl. mit § 39, Förster III. § 186 N. 17 ff., Dernburg I. § 281 N. 21.

[41]) Preuß. Berggesetz § 52, § 246, Preuß. Gesetz v. 5. Mai 1872. § 68, Grundbuch-O. § 9, 17.

[42]) Ueber die Verpfändung der Kuxe und des Bergwerks vgl. oben § 59. N. 11, 32, 33. In einzelnen Ländern werden eigene Berghypothekenbücher von den Bergämtern oder besondern Commissionen geführt (so nach früherem Preuß. Recht, Klostermann S. 206 und Commentar zu § 206, in Baiern, Roth § 260 N. 15 ff.), in andern werden die Rechtsverhältnisse der Bergwerke in den allgemeinen Grundbüchern und von den gewöhnlichen Grundbuchämtern eingetragen; so jetzt in Preußen (N. 41), Sachsen.

7. Wer ohne Beleihung oder über die Grenzen seiner Beleihung hinaus Fossilien okkupirt, erwirbt an den geförderten Mineralien nicht Eigenthum, sondern wird nur Besitzer. Aber weder der Grundeigenthümer, noch der eigentliche Bergbauberechtigte darf diese Mineralien vindiciren, weil sie durch die Handlung des Dritten das Eigenthum nicht erworben haben. Der Grundeigenthümer, welcher ohne Beleihung kein Recht auf diese Mineralien besitzt, kann nur den Eingriff in seine Herrschaft über das Grundstück mit der actio negatoria oder den possessorischen Interdikten zurückweisen. Der Bergbauberechtigte, welcher das ausschließliche Okkupationsrecht in dem betreffenden Raum besitzt, hat überdies noch eine Klage auf Schadensersatz, resp. auf Auslieferung der geförderten Mineralien[43]).

8. Der Grundeigenthümer behält das Recht, innerhalb des einem Andern für ein Bergwerk verliehenen Raumes die nicht regalen, seinem Verfügungsrecht nicht entzogenen Fossilien zu gewinnen[44]). Aber im Interesse der förderlichen Betreibung des Bergbaus ist positiv bestimmt[45]), daß der Bergbauberechtigte auch solche dem Eigenthümer verbleibenden Mineralien, welche im Betriebe des Bergbaus gewonnen werden, zum Zweck desselben ohne Entschädigung verwenden dürfe. Soweit eine solche Verwendung nicht erfolgt, muß er diese Fossilien dem Grundeigenthümer auf dessen Verlangen gegen Erstattung der Gewinnungs- und Förderungskosten herausgeben.

9. Der Bergwerkseigenthümer hat die Befugniß, alle für den Betrieb erforderlichen Vorrichtungen unter und über Tage zu treffen[46]). Der Grundeigenthümer muß nicht nur die Unterwühlung, sondern auch die theilweise Benutzung der Oberfläche gegen Entschädigung

---

[43]) Zu andern Resultaten kommt Achenbach S. 349 ff., welcher meint, daß der Unberechtigte die Verfügung über die geförderten Mineralien gewinne. — Meiner Meinung nach müssen gleiche Grundsätze eintreten wie bei der Okkupation jagdbarer Thiere durch einen Wilderer.

[44]) Behauptet der Grundeigenthümer, daß dem Bergbautreibenden Mineralien verliehen worden sind, welche nicht zu den regalen, den verleihbaren gehören, so kann er gegen ihn mit der actio negatoria klagen, und wenn er mit ihr durchdringt, bewirken, daß der Verwaltungsakt der Verleihung in dieser Beziehung wirkungslos wird, Achenbach I. S. 129, Dernburg § 259 N. 8.

[45]) Preuß. Berggeſ. § 57.

[46]) Preuß. Berggeſ. § 54.

dulden[47]). „Zur Abtretung des mit Wohn-, Wirthschafts- oder Fabrikgebäuden bebauten Grund und Bodens und der damit in Verbindung stehenden eingefriedigten Hofräume kann der Grundbesitzer gegen seinen Willen niemals angehalten werden“[48]).

Der Bergwerksberechtigte kann nicht die Abtretung des Eigenthums, sondern nur die zeitweise Ueberlassung des Grundstücks zur Benutzung verlangen. Er ist dagegen verpflichtet[49]): 1. dem Grundbesitzer jährlich im voraus vollständige Entschädigung zu leisten, 2. nach beendigter Benutzung ihm das Grundstück zu restituiren[50]) und den etwaigen Minderwerth zu ersetzen. Wegen Erfüllung dieser Verpflichtungen kann er vom Grundeigenthümer zur Bestellung einer Kaution angehalten werden.

Während der Bergwerksberechtigte nur die Gestattung der Benutzung, aber nicht die Abtretung des Eigenthums verlangen darf, kann der Grundeigenthümer, statt sein Grundstück zeitweise abzutreten unter gewissen Voraussetzungen fordern, daß der Bergbauberechtigte das Eigenthum an demselben erwirbt[51]). Solche Fälle sind[52]), wenn die Benutzung eine Werthverminderung herbeiführt, wenn es feststeht, daß sie länger als drei Jahre dauern wird oder wenn sie nach Ablauf von drei Jahren noch fortdauert. In allen Fällen der Veräußerung des Grundeigenthums an den Bergbauenden für Zwecke des Betriebs behält der zeitige Eigenthümer des durch die ursprüngliche Veräußerung verkleinerten Grundstücks ein Vorkaufs- oder Wiederkaufsrecht, wenn das veräußerte Stück in der Folge zu den Zwecken des Bergbaus entbehrlich wird[53]). Will der Bergwerksbesitzer selbst das Grundstück veräußern, so braucht der ehemalige Grund-

---

[47]) Preuß. Berggeſ. § 135.

[48]) Preuß. Berggeſ. § 136. Abſ. 2. — Ueber die Enteignung zu Zwecken des Bergbaus oben § 92 N. 15 und Pražak Enteignung S. 88 ff., 216 ff.

[49]) Preuß. Berggeſ. § 137.

[50]) Er darf es nicht zu andern, als den in § 135 des Preuß. Berggeſ. genannten Zwecken für sich zurückbehalten.

[51]) Oeſtr. Geſ. § 100, Preuß. Geſ. § 137 ff. — Sächſ. Geſ. von 1868. § 122, 123: der Eigenthümer hat die Wahl zwischen Abtretung zu Eigenthum, Gestattung zeitweiliger Benutzung und Bestellung einer Dienstbarkeit. — Pražak S. 181 N. 14.

[52]) Preuß. Berggeſ. § 137. Abſ. 2, § 138.

[53]) Preuß. Berggeſ. § 141.

eigenthümer, wenn er das Vorkaufsrecht geltend macht, die Entbehrlichkeit nicht noch besonders zu erweisen, da sie sich bereits aus der Absicht der Veräußerung ergiebt.

Streitigkeiten zwischen dem Grundbesitzer und dem Bergwerksbesitzer über die abzutretende Nutzung resp. wegen des geforderten Ankaufs des Grundstücks werden von der Verwaltungsbehörde entschieden; gegen ihre Entscheidungen ist der Rechtsweg nur in beschränktem Umfange zulässig[54]).

Abgesehen von der Entschädigung wegen entzogenen Genusses des Grundstücks hat der Bergwerksbesitzer dem Grundeigenthümer volle Entschädigung wegen allen Schadens zu leisten, welcher dem Grundstück oder dessen Zubehörungen durch den unterirdisch oder mittelst des Tagebaues geführten Betrieb des Bergwerks zugefügt wird, und zwar gleichviel ob die Beschädigung verschuldet ist und ob sie vorhergesehen werden konnte oder nicht[55]).

10. Für die Bergschulden[56]), d. h. für die in Rücksicht auf die Anlage und den Betrieb des Bergwerks gemachten Schulden haftete, wenn das Bergwerk von einer Gewerkschaft betrieben wurde, regelmäßig schon nach altem Recht kein Gewerke über seinen Kux hinaus, ebenso wie andererseits die sonstigen Gläubiger des einzelnen Gewerken sich nicht an den Kux halten durften[57]). Da die Gewerkschaften neueren Rechts juristische Personen sind, so haftet selbstverständlich für ihre Schulden auch nur ihr Vermögen und nicht das ihrer Mitglieder; dasselbe soll jetzt auch für die Gewerkschaften ältern Rechts gelten[58]). Wo das Bergwerk im Eigenthum einzelner Personen steht, haften sie unbedingt für die Bergschulden und wird das Bergvermögen auch zur Befriedigung der sonstigen Gläubiger gleichmäßig herangezogen.

11. Die Bergbaugerechtigkeit nimmt nach älterm und neuerem

---

[54]) Preuß. Berggeſ. § 142—146.

[55]) Preuß. Berggeſ. § 148 ff. — Ueber den Fall, daß der Brunnen eines Grundbesitzers durch den Bergbau trocken gelegt wird, Seuffert XXVI. no. 51. Vgl. oben § 86 N. 19.

[56]) Brassert in d. Ztschr. f. Bergrecht IV. S. 365 ff., Oppenhoff daselbst XII. S. 174 ff., Roth III. § 267.

[57]) Oben § 59 N. 14—17, Beseler § 207 N. 10 ff.

[58]) Preuß. Berggeſ. § 99 vgl. mit § 226, 227; vgl. auch oben § 59 N. 34.

Recht ihr Ende entweder in Folge Verzichts des Berechtigten (sog. Auflassung) oder zur Strafe wegen leichtsinnigen oder unterlassenen Betriebes, Nichtzahlung der Abgaben u. s. w.[59]). In solchen Fällen wird das Bergwerk für frei erklärt und kann es einer andern Person verliehen werden[60]). Nach neuerem Recht[61]) soll die Berechtigung nur entzogen werden, wenn der Berechtigte den Betrieb unterläßt und einer solchen Unterlassung nach Entscheidung der Bergbehörde überwiegende Gründe des öffentlichen Interesse entgegenstehen. Ist der Beschluß auf Entziehung rechtskräftig geworden, so werden die Hypothekengläubiger und sonstigen Realberechtigten davon in Kenntniß gesetzt. Es können dann sowohl die Gläubiger als der Berechtigte die Subhastation beantragen. Unterbleibt die Subhastation, so wird die Aufhebung des Bergwerkseigenthums ausgesprochen und erlöschen damit sämmtliche Ansprüche auf das Bergwerk, von welcher Art sie auch sein mögen; die in dem betreffenden Raum enthaltenen Mineralien gelten jetzt wieder als Objekt für eine neue Muthung.

Will der Bergbauberechtigte freiwillig den Bau aufgeben, so hat er den Verzicht vor der Bergbehörde zu erklären; auch hier sind die Realgläubiger zu benachrichtigen und zum Antrag auf Subhastation berechtigt[62]).

Mit der Aufhebung der Baugerechtigkeit erlischt nur diese selbst, aber nicht auch das Eigenthum des Berechtigten an einzelnen realen Gegenständen (den sog. Pertinenzien des Bergwerks), z. B. der Zimmerung und Mauerung des Grubengebäudes. Er darf dieselben aber nur insoweit fortnehmen, als keine polizeilichen Gründe entgegenstehen. Ist das letztere der Fall, so verbleiben sie dem Eigenthümer des Grundstücks, in dessen Areal das Bergwerk liegt[63]).

Bei der Subhastation gehen die Pertinenzien auf den Adjudikatar über.

---

59) z. B. Preuß. Ldr. I. 16. § 105, 163, 188, 190, 196 ff., 286 f.

60) Klostermann S. 194 ff. — Gasteiner Bergr. S. 198. Z. 37 ff.: wo ain pau verlegen ist, wer das hinnach vervecht, des ist dasselb pau, und was er dapei in den rechten vindet, es sei werch oder ärzt, vil oder wenig, das ist des, der das pau mit rechter arbeit vervangen hat.

61) Preuß. Bergges. § 65, 156 ff.

62) Preuß. Bergges. § 161.

63) Preuß. Bergges. § 163.

12. Der Staat hat auch nach Aufhebung des Bergregals die Berghoheit behalten[64]); er erläßt in den Bergordnungen Normen für den Betrieb, setzt Behörden für die Ueberwachung des Bergbaus ein und erhebt Abgaben für den Betrieb. Während früher sich die Aufsicht bis zur Mitverwaltung der Bergwerke erstreckte[65]), ist sie jetzt bedeutend ermäßigt und sind lediglich die öffentlichen Interessen maßgebend[66]). Auch die Besteuerung der Bergwerke ist in neuerer Zeit erheblich verringert[67]).

Fünfter Abschnitt. Das Recht der Privatgewässer.

§ 144.

Nachdem bereits im 1. Bande (§ 64) von dem Unterschied der öffentlichen und Privatgewässer und von den Rechtsverhältnissen an den ersteren gehandelt worden ist, sind hier die Grundsätze über die Privatgewässer darzustellen, d. h. über diejenigen, deren Bett im Privateigenthum steht[1]).

Die Privatgewässer sind theils geschlossene, wie Seen, Teiche, Brunnen, Cisternen, theils fließende, Flüsse, Kanäle, Gräben, künstliche Wasserleitungen, Bäche, Quellen. Die Rechtsverhältnisse an den auf dem Grundstück einer Person rings umschlossenen Gewässern[2]) sind einfacher Natur[3]); sie unterliegen dem freien Verfügungsrecht des Eigenthümers des Grund und Bodens, soweit er nicht durch Rechte eingeschränkt wird, welche Andere durch Vertrag oder Verjährung erworben haben. Dagegen treten komplicirtere Verhältnisse bei den sich fortbewegenden Gewässern ein.

---

[64]) Das Detail gehört in das Verwaltungsrecht.

[65]) Vgl. auch Gierke Genossenschaftsrecht I. S. 972, 974 f.

[66]) Gierke S. 976 f.

[67]) Früher der Zehnte von dem Ertrage (in natura oder von dem Erlös); Quatember- oder Receßgelder zur Unterhaltung der Bergbehörden u. s. w., vgl. auch oben § 142 N. 12.

[1]) Oben I. § 64 N. 27 ist auch die Literatur und Gesetzgebung des Wasserrechts angeführt.

[2]) Vgl. über sie Roth B. III. § 286—288.

[3]) Ueber die Grenze zwischen einem Landsee und dem anliegenden, einer andern Person gehörigen Grundstück vgl. Erk. d. RGer. II. no. 83.

Da die Grundsätze des Wasserrechts nach röm. Recht kontroversenreich sind[5], die Verhältnisse unserer Industrie und Landwirthschaft andere Anforderungen an den Gebrauch des Wassers stellen, als in römischer Zeit, sind gesetzliche Bestimmungen über diese Verhältnisse ein dringendes Bedürfniß und Wassergesetze neuerdings in einer Reihe von Staaten erlassen worden[6]. Wegen der verschiedenen Grundlagen, welche die einzelnen Gesetze haben, und der geringen Anwendbarkeit der gemeinrechtlichen Sätze in der Gegenwart ist eine zusammenfassende Darstellung der betreffenden Rechtsverhältnisse äußerst erschwert.

1. Das Eigenthum am Flußbett steht dem Eigenthümer des Ufers nach Maßgabe der Uferlänge seines Grundstücks zu; in den Gesetzen wird das Flußbett regelmäßig als Zubehör desjenigen Grundstücks bezeichnet, durch welches der Fluß fließt[7]. Gehören die Ufer verschiedenen Eigenthümern, so ist Jeder Eigenthümer des Betts bis zur Mitte des Flusses und hat demgemäß das Wassernutzungsrecht auch nur zur Hälfte[8].

Das in dem Bett sich fortbewegende Wasser selbst steht nicht im Eigenthum und kann seiner Natur nach nicht Gegenstand des Privateigenthums sein, sondern es hat der Grundeigenthümer nur das Recht, die Welle zu benutzen und zu konsumiren[9].

2. Der Grundeigenthümer ist in Betreff der Nutzung des Flußbetts als Eigenthümer keinen Schranken unterworfen und kann

---

[5] Eine Ueberſicht über die zahlreichen und tief einschneidenden Controversen des Wasserrechts vgl. bei Roth III. § 282.

[6] Oben § 64 N. 27.

[7] Baier. Ges. § 39, Altenb. Ges. § 49.

[8] z. B. Westphäl. Weisthümer bei Grimm III. S. 29. 2. Abs.: dar twee wischen tegen einander liggen, und eine rechte floit tüschen enne beiden henne geit, und op erer beider erve springet, des sollen se beide glick gebruicken; III. S. 47. § 61, S. 69. — Gothaisches Ges. § 24, Preuß. Ges. § 14.

[9] Randa Wasserrecht S. 3, 39. — Manche sind anderer Meinung, z. B. auch Roth § 282 N. 50, 65, § 289 N. 4, § 291 N. 1, welcher für das neuere Recht den Satz leugnet, daß die Wasserwelle nicht Gegenstand der Privatberechtigung sei, und sich auf das Baier. Ges. § 39 berufen kann, wonach die Flüsse und Bäche „mit Inbegriff des bestehenden Gefälls als Zubehör der Grundstücke“ betrachtet werden.

Pflanzen, Erde, Sand, Schlamm, Steine bis zu seiner Grenze aus dem Bett herausnehmen[10]). Was aber die Benutzung des Wassers angeht, so ist er im Interesse der Allgemeinheit und der weitern Anlieger des Flusses mannigfach beschränkt. Der Staat kann die Benutzung und Behandlung des in Privatgewässern sich fortbewegenden Wassers nicht in einer Weise gestatten, welche die berechtigten Interessen Anderer beeinträchtigt oder das Gemeinwohl gefährdet; er sorgt für die Erhaltung der Qualität und Quantität des Wassers und fordert, daß die Ansprüche der verschiedenen Eigenthümer, durch deren Grundstücke der Fluß seinen Lauf nimmt, gegen einander in billiger Weise ausgeglichen werden[11]). Daher unterwirft er aus polizeilichen Gründen die Dispositionen und Nutzungen der Anwohner an Privatflüssen seiner Kontrole.

Hervorzuheben ist, daß die Anlieger in das Gewässer keine Stoffe abführen dürfen, welche den Bedarf der Umgegend an reinem Wasser beeinträchtigen (kein Wasser aus Gerbereien, Färbereien u. s. w.) oder das Publikum erheblich belästigen[11a]).

3. An sich würde der Eigenthümer berechtigt sein, das bei seinem Grundstück vorbeifließende Wasser ohne alle Einschränkung zu nutzen und es müßte der tiefer liegende Eigenthümer sich dies gefallen lassen, selbst wenn seine Anlagen dadurch benachtheiligt würden. Vom Standpunkt des Privatrechts aus könnte der letztere nur auf Grund eines speziellen Titels eine Beschränkung des Andern und die hergebrachte eigene Nutzung weiter beanspruchen[12]).

---

[10]) Gothaisches Ges. § 24, Roth III. § 291 N. 37.

[11]) Aus alter Zeit vgl. z. B. das Wetterauische Wassergericht bei Grimm Weisth. III. S. 463 ff. u. in d. Ztschr. f. RG. VI. S. 1 ff. Vgl. auch die Stellen aus Weisthümern, welche Fr. Fischer p. 83 ff. gesammelt hat.

[11a]) z. B. Preuß. Ges. § 3: „das zum Betriebe der Färbereien, Gerbereien, Walken und ähnlichen Anlagen benutzte Wasser darf keinem Flusse zugeleitet werden, wenn dadurch der Bedarf der Umgegend an reinem Wasser beeinträchtigt oder eine erhebliche Belästigung des Publikums verursacht wird."

[12]) Emminghaus S. 193. no. 4, Seuffert X. no. 9. — Preuß. O. Trib. v. 20. Dez. 1858 (Striethorst XXXI. S. 366): ein Verbietungsrecht gegen Anlagen und Benutzungsarten, welche ihn benachtheiligen, gewinnt der untere Eigenthümer auch nicht durch 30jährige Benutzung des Wassers, sondern nur durch qualifizirte Verjährung: d. h. durch Untersagung der benachtheiligenden

Da es aber als billig erscheint, daß auch die übrigen Anlieger von dem Wasser Nutzen haben, so tritt dem privatrechtlichen das öffentlichrechtliche Prinzip gegenüber, daß der Einzelne das sein Grundstück durchfließende Wasser weder konsumiren, noch in solchem Umfange ausnutzen darf, daß die unteren Anlieger das Wasser nicht mehr in angemessener Weise brauchen können[13]). Die Frage aber, in welchem Maße der Einzelne beschränkt ist, gehört dem Verwaltungsrecht an und läßt sich nur für den einzelnen Fall nach Billigkeit und unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse entscheiden. Wo nicht die Wassergesetze genauere Normen darbieten[13a]), schwankt Literatur und Praxis darüber, wie weit der rücksichtslosen Nutzung des Einzelnen das allgemeine Interesse entgegenzustellen ist. Wasserrechtsstreitigkeiten sind daher auch vielfach von dem Rechtswege ausgeschlossen und vor die Verwaltungsgerichte gewiesen[13b]).

Insbesondere gilt dies für die Fragen, in wiefern ein höher angesessener Eigenthümer durch Bewässerungsanlagen dem Müller am untern Lauf des Flusses das Wasser nehmen darf, ob der Obermüller das Wasser in der Weise stauen darf, daß dadurch der Untermüller zeitweise am Betriebe seiner Mühle gehindert ist[14]) u. s. w. Nur durch die Gesetzgebung kann hier geholfen werden.

Nutzung des oberen Eigenthümers und durch Beruhigung des letzteren die Verjährungszeit hindurch.

[13]) Gierke Genossenschaftsrecht II. S. 251 f., Tirol. Weisth. I. S. 250 Z. 16 ff. — Rostocker Erk. bei Seuffert XXVII. no. 204. S. 326 f. — Diejenigen, welche ein Eigenthum auch an dem Gefälle annehmen, sagen, daß dasselbe sich im Miteigenthum der verschiedenen Anlieger befinde, vgl. Roth III. § 282 N. 66, § 291 N. 10.

[13a]) z. B. Salzb. Taidinge S. 39 Z. 39 ff.: wer ein Wasser auf seinem Grunde hat, welches eine Mühle treibt, darf von Sonnabend Mittag bis Sonntag Mittag ein thail auszkern und .... brauchen, dann aber muß er es wieder in sein Rinnsal fließen lassen; vgl. auch S. 23 Z. 42 ff.

[13b]) Randa S. 47 ff.

[14]) Oft wird dieselbe dahin beantwortet, daß, wenn wenig Wasser vorhanden ist, der Obermüller nur mit einem Gange mahlen soll; vgl. Material darüber bei Bülow u. Hagemann I. no. 4, Emminghaus S. 188. no. 9, S. 189. no. 12, S. 191 ff., S. 195. no. 21, 22, Seuffert XXVII. no. 204, XXXI. no. 107, Buchka u. Budde V. S. 75 ff., Dernburg § 253 N. 8, 11, § 255 N. 4 ff., Randa S. 30 ff. — Ueber diese Ansicht vgl. auch Emminghaus S. 195. no. 23, 25, Seuffert II. no. 9, 144. — Daß der

4. Zur Anlegung von Mühlen und sonstigen Triebwerken durch Wasserkraft wird auch an Privatgewässern regelmäßig obrigkeitliche Concession gefordert[15]), — früher, um die bisherigen Mühlen gegen Konkurrenz zu schützen, jetzt, um zu untersuchen, ob durch die Neuanlage nicht andere Wasserinteressenten gekränkt werden[16]). Auch nach der deutschen Gewerbeordnung § 16 (vgl. auch § 23) bedarf es der obrigkeitlichen Genehmigung zu „Stauanlagen für Wassertriebwerke."

5. Ueber die auf seinem Boden entspringende Quelle, welche als pars agri erscheint[17]), hat der Grundeigenthümer freie Disposition; er kann das Wasser in einen Behälter leiten oder auf seinem Boden zurückhalten und ganz und gar verbrauchen[18]). Wenn auch die Eigenthümer der untern Grundstücke dadurch eine Benachtheiligung erleiden, dürfen sie doch nur widersprechen, insofern sie durch Vertrag oder durch qualifizirte Verjährung ein entgegenstehendes Recht erworben haben[19]). Die bloße Thatsache, daß das Wasser

---

Müller unbedingt stauen darf, soweit sein Bedürfniß es fordert, wenn auch der Untermüller Schaden davon hat, Seuffert XXIV. no. 187 (Darmstadt). — Der höher liegende darf Wiesenbewässerungen zum Schaden des Untermüllers vornehmen, Seuffert XXVI. no. 225 (Darmst.).

[15]) Schon nach der L. Alam. Hloth. c. 85. § 4 soll, wenn nicht beide Ufer demselben Eigenthümer gehören, derjenige, welcher eine Mühle anlegen will, den Eigenthümer des andern Ufers um Erlaubniß fragen.

[16]) Strube Bed. II. no. 48, Bülow und Hagemann IV. no. 1. § 2—4, Baron Ztschr. f. vgl. Rechtswiss. I. S. 292 ff., 312 f., II. S. 52 ff., 60 ff., 67, 78 ff., 144. — Mittermaier § 237 N. 2, Haubold § 366, Steinacker S. 210 ff., Emminghaus S. 188. no. 11. — Preuß. Ldr. II. 15. § 233, 234, Preuß. Ed. v. 28. Okt. 1810. § 5 u. s. w. — Ein Mühlenregal mit Bezug auf Privatgewässer giebt es nicht, wohl aber ein Mühlenhoheitsrecht.

[17]) L. 11. D. 43. 24.

[18]) Hesse in v. Jhering's Jahrbb. VII. S. 209 ff., 243 ff., Förster I. § 168 N. 41, Nieberding S. 129 f., 131—133, König Bern. Civilges. II. S. 88 ff. — Seuffert XIX. no. 118 u. XXIII. no. 207 (Darmst.); XXI. no. 12, XXII. no. 11 (Stuttg.), XXXIV. no. 267 (Berl.). — Jedoch wird im Baier. Gesetz § 38 (und ähnlich in andern) bestimmt: „Quellwasser, welches für öffentliche Zwecke oder zur Befriedigung eines unabweislichen, wirthschaftlichen Bedürfnisses erforderlich ist, kann unter Anwendung des Gesetzes vom 17. November 1837 [über Expropriation] in Anspruch genommen werden."

[19]) Code civ. 641: wenn der untere Eigenthümer ein Recht erworben

lange Zeit hindurch einen bestimmten Weg genommen hat und daß die unten angesessenen Grundbesitzer den natürlichen Abfluß von dem höhern Grundstück geduldet haben, giebt ihnen kein Recht auf denselben[20]). Doch wird in der Praxis öfter angenommen, daß, wenn seit unvordenklicher Zeit das Wasser in einem künstlichen Abzugsgraben von dem höhern Grundstück auf das untere floß, der untere Eigenthümer ein Recht auf fernere Zuleitung besitzt[21]).

6. Der Grundeigenthümer darf nicht den Ablauf der Privatgewässer zum Nachtheil der Uferbewohner und seiner Nachbarn hemmen. Er muß die über sein Grundstück gehenden Gräben und Kanäle unterhalten, den Wasserlauf räumen, er darf dem Wasser keinen den Nachbar belästigenden neuen Lauf geben und keine Stauungen vornehmen, wodurch die Gefahr der Ueberschwemmung oder Versumpfung anderer Grundstücke entsteht[22]). Auf seinem eignen Grundstück darf er den Lauf des Wassers mit der Beschränkung ändern, daß er es, bevor es auf das fremde Grundstück abfließt, wieder in sein ursprüngliches Bette leitet[23]).

7. Ueber das Recht der Fischerei in Privatgewässern vgl. unten § 150. IV.

8. Wegen der Bedeutung des Wassers für die Gesammtheit

---

hat par titre ou par prescription. — Seuffert X. no. 261 (Celle), XXII. no. 11 (Stuttg.), XXXIII. no. 2 (Celle).

[20]) Seuffert II. no. 8, X. no. 227, XXXIV. no. 92, Hauser's Ztschr. IV. S. 439 f. — Nach der Ansicht einzelner Gerichte soll der Eigenthümer der Quelle dann beschränkt sein, wenn das Quellwasser nicht einfach seinen natürlichen Lauf genommen hat, sondern in einem künstlichen Graben abgeleitet ist oder auch wenn es sich allmählich ein Wasserbett gebildet hat; Seuffert II. no. 8, X. no. 227. — Vgl. dagegen Seuffert XXII. no. 11 (Stuttg.), XXIII. no. 207 (Darmst.) und Schäffer in d. Ztschr. f. Civ. R. u. Proz. N. F. VI. S. 186—207.

[21]) Seuffert XIX. no. 218 (Darmst.). — Die Magdeburger Schöffen (Neumann Weisth. no. 11) sagen, daß, wenn das Wasser seit 60 Jahren und länger einen bestimmten Lauf gehabt hat, derjenige, auf dessen Grund es entspringt, den Lauf zum Schaden der Nachbarn nicht ändern darf.

[22]) Preuß. Ldr. I. 8. § 99, Preuß. Ges. v. 1843. § 13, Baier. Ges. § 54, Roth B. II. § 125. II. Vgl. auch oben § 85 N. 15, 16.

[23]) Grimm Weisth. III. 29. § 3, 47. § 62, Code civ. art. 644, Preuß. Ges. § 13, Baier. G. art. 54, Oestr. Ges. § 12, Heidelb. Erk. bei Emminghaus S. 193, Erk. d. RG. IV. no. 91.

unterliegen auch die Privatgewässer, abgesehen von den auf besondern Titeln beruhenden Befugnissen Einzelner, mannigfachen Benutzungsrechten dritter Personen, unter der Voraussetzung, daß der Zugang zum Wasser frei ist, insbesondere auf der einen Seite ein öffentlicher Weg führt oder ein öffentlicher Platz liegt: es kann jeder dort baden, waschen, Wasser schöpfen, Vieh tränken u. s. w., falls keine besondern polizeilichen Beschränkungen entgegenstehen[24]).

An dem in Wasserleitungen fließenden Wasser fällt das allgemeine Benutzungsrecht fort; auf dieses hat derjenige, welchem die Wasserleitung gehört, ein ausschließliches Recht, und zwar nicht bloß, wenn es auf seinem Boden, sondern auch wenn es über ein fremdes Grundstück fließt[25]).

9. Partikularrechtlich nöthigt der Staat auch die Eigenthümer eines Privatflusses, den Gebrauch desselben zum Holzflößen gegen Entschädigung zu gestatten[26]).

---

[24]) Purgoldt II. 4: Desselben glichenn sint die kleynen beche der luthe, durch deren erbe sie fliessen; sie sind aber allermenche gemeyne zu rithene, zu varene, zu waschene, zu trenckene, zu swemmene, zu badene und zu waschene und derglichin. — Preuß. Ges. § 2: „Wo öffentliche Plätze oder Wege das Ufer eines Privatflusses bilden, ist der Gebrauch des Wassers zum Trinken und Schöpfen, sowie zum Tränken des Viehes einem Jeden gestattet, soweit es nach Entscheidung der Orts-Polizeibehörde ohne Gefahr für die Beschädigung des Ufers geschehen kann." — Baierisches Wasserbenützungsges. art. 53. — Altenb. Ges. § 27: der Gebrauch des Wassers „zum Tränken, Schöpfen mit Handgefäßen, Waschen und Baden, soweit derselbe ohne besondere Vorrichtungen geschieht und für die Ausübung der Wassernutzungsrechte Anderer unschädlich ist, ist einem Jeden gestattet .... Die Gestattung schließt jedoch nicht die Befugniß in sich, zum Zweck jenes Gebrauchs die Ufer zu betreten." — Randa Wasserrecht S. 41, Besitz § 10 N. 3. — Dagegen ist nicht dasselbe ohne weiteres von der Eisnutzung anzunehmen, Randa Besitz § 10 S. 309.

[25]) Hesse in Ihering's Jahrbb. VII. S. 212 f.

[26]) Preuß. Ldr. II. 15. § 42, 43, Preuß. Ges. v. 28. Febr. 1843. § 8—12, Baier. Ges. art. 66 ff., Roth III. § 291 N. 28 ff., Pražak Enteignung S. 101 ff., 220 ff.

Dritte Abtheilung. Das Mobiliarsachenrecht.

Erstes Kapitel. Die Rechte an Mobilien im allgemeinen und die Mobiliarklagen.

§ 145. Die Rechte an Mobilien im allgemeinen.

Das deutsche Recht kennt schon in ältester Zeit verschiedene Rechte an Mobilien: Eigenthum, Pfandrecht, Depositum (to behaldene dun), Leihe, Miethe n. s. w.[1]). Der Eigenthümer, welcher seine Sache in den Besitz (die Gewere) eines Andern giebt, sie verpfändet, verleiht, bleibt Eigenthümer und behält sein Recht an der individuellen Sache[1a]).

---

[1]) Franken Geschichte des französischen Pfandrechts. I. 1879. S. 292 leugnet dies für die älteste Zeit, und sagt: „dominium und Detention waren vor dem Recht identisch, das Eigenthum der ältesten germanischen Juristen war das äußere Verhältniß des nackten physischen Habens der Mobilie. — Den juristischen Eigenthumserwerb vermittelt die Besitzergreifung und zwar ... die bloße Besitzergreifung;" vgl. auch S. 312 f., 333.

[1a]) Die ältere Theorie nahm an, der Eigenthümer habe durch Hingabe der Sache, gleichviel zu welchem Recht, sein Eigenthnm verloren und behalte nur ein persönliches Recht gegen den Empfänger auf Herausgabe, resp. Schadensersatz; auf diesen sei das Eigenthum übergegangen. Man glaubte dies daraus schließen zu dürfen, daß wer die Sache einem Andern übergebe, gegen den dritten Besitzer nicht auf Rückgabe klagen dürfe. Gegen diese ältere Ansicht vgl. die Literaturnachweise bei Stobbe Gewere S. 440 N. 56 und R. Löning der Vertragsbruch und seine Rechtsfolgen I. 1876. S. 418 f. N. 24. — Neuerdings nimmt auch Carlin: Niemand kann auf einen Anderen mehr Recht übertragen, als er selbst hat. Gießen 1882 an, daß die absolute Eigenthumsverfolgung sich aus dem Eigenthumsbegriff ergebe und daß unmöglich Jemand Eigenthum habe, welcher nicht vindiciren dürfe, z. B. S. 120.

Aber das Eigenthum hat nach deutschem Recht keine so unbedingte Kraft als nach Röm. Recht; der Eigenthümer kann nicht in allen Fällen ein Recht an der Sache nach außen hin, der ganzen Welt gegenüber, geltend machen. Hat er sich freiwillig der Gewere begeben, so kann er nach älterem Recht und auch nach manchen neueren Partikularrechten nur gegen seinen Empfänger, aber nicht gegen den dritten Besitzer auf Herausgabe klagen. Und der dritte Besitzer, welchem der Empfänger die Sache zu Eigenthum übertrug, kann sie ganz wie ein Eigenthümer besitzen, ohne die Vindikation des Eigenthümers befürchten zu müssen. Wer eine Sache ohne Absicht der definitiven Veräußerung in den Besitz eines Andern läßt, giebt nicht sein Eigenthum auf; indessen überträgt er auf den Empfänger — nicht das Recht[2]) — wohl aber die Machtvollkommenheit, mit voller Wirkung die Sache durch ein Rechtsgeschäft auf dritte Personen übergehen zu lassen. Daher sagen die älteren Quellen, Jeder solle sich vorsehen, wem er eine Sache leihe[3]).

Auf die Frage, was für ein Recht derjenige erlangt, welchem der Entleiher, Pfandgläubiger u. s. w. das Gut zu Eigenthum oder zu Pfandrecht überträgt, ob er wirklich Eigenthum resp. Pfandrecht erwirbt und so die Regel: nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet durchbrochen wird oder nicht, geben die ältern Quellen keine Antwort[4]). In ihrer Gleichgültigkeit gegen theoretische Probleme begnügen sie sich mit dem praktischen Satz, daß der Erwerber die Sache wie ein Eigenthümer oder Pfandgläubiger besitzt[5]) und das Recht des ursprünglichen Eigenthümers ihm gegenüber wirkungslos ist. Sie enthalten sehr unvollkommene und dürftige Regeln über den Eigenthumserwerb; sie stellen nur processualische

---

[2]) Der ganz isolirt stehende Ausspruch einiger Handschriften des Lübischen Rechts (Hach S. 347 N. 12): „he mach dat ok wol vorkopen, deme wat gelenet is, sunder broke", sagt nicht, daß es dem Commodatar erlaubt sei, die geliehene Sache zu verkaufen, sondern nur, daß, wenn er es thut, er keine Strafe zu zahlen hat.

[3]) Lübisches R. (Hach) II. 194.

[4]) Vgl. oben § 71. S. 8. — Eine Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten in der neueren Literatur bei Goldschmidt in seiner Ztschr. VIII. S. 256 N. 27.

[5]) Delbrück die dingliche Klage des deutschen Rechts. 1857. S. 32.

Normen auf und bestimmen, wem im Prozeß die Sache zuzusprechen sei[6]).

Die spätern Partikularrechte haben jene Sätze zum Theil unverändert, zum Theil modifizirt beibehalten[7]); nach ihnen soll der Eigenthümer anvertrautes Gut nicht aus der dritten Hand herausfordern dürfen, wenigstens nicht, wenn der Besitzer in bona fide ist; oder es soll überhaupt Gut nicht vindicirt werden, welches der Besitzer von einem Kaufmann, in einer Versteigerung u. s. w. erworben hat. Auch jetzt sprechen sie sich regelmäßig nicht darüber aus, ob der gegen die Vindikation geschützte Erwerber Eigenthümer geworden ist. Indessen erfolgt doch eine Umwandlung des prozessualischen Satzes, daß der Eigenthümer anvertrautes Gut beim Dritten nicht vindiciren dürfe, in den materiellen Satz, daß ein bonae fidei Erwerber unter gewissen Umständen auch vom Nichteigenthümer Eigenthum erwerben könne[7a]), besonders wenn es sich um anvertrautes, um nicht gestohlenes und nicht verlornes Gut, um Sachen handelt, welchen kein vitium anklebt[8]). Nicht geht das Eigenthum von dem bisherigen Eigenthümer auf einen derartigen dritten Erwerber über, sondern es entsteht in originärer Weise, ähnlich wie bei der Ersitzung, unter dem Zusammentreffen bestimmter Erfordernisse in seiner Person[8a]). Der Eigenthümer, welcher seine Sache einem Andern anvertraut, verliert zunächst nicht sein Eigenthum. Da aber der Dritte, welcher von diesem die Sache zu Eigenthum erwirbt, selbst Eigenthümer wird, tritt es als sekundäre Folge ein, daß jetzt der ursprüngliche Eigenthümer sein Eigenthum verloren hat.

Einzelne neuere Gesetze haben diese Consequenz ohne Bedenken

---

[6]) Auch die Frage bleibt unbeantwortet, ob, wenn der dritte Erwerber bestohlen wird und die Sache in den Besitz des ursprünglichen Eigenthümers zurückkehrt, jener sie von diesem heraus verlangen darf. Ich möchte (mit Sandhaas germanistische Abhandlungen S. 154 f., Ziebarth S. 241 und Goldschmidt S. 256, und gegen Budde Ztschr. f. d. R. IX. S. 428) mich für die Klage des Bestohlenen gegen den ursprünglichen Eigenthümer aussprechen.

[7]) Vgl. das genauere unten § 146, 147.

[7a]) Carlin (N. 1a) S. 100, 103, 115; vgl. auch Franken I. S. 296 f., 310.

[8]) Vgl. die Uebersicht bei Goldschmidt Handbuch I. § 79. S. 815—818.

[8a]) Bekker in s. Jahrb. I. S. 379 ff.

gezogen. Das Preuß. Landrecht I. 10. § 3 sagt, daß der titulirte Erwerber durch Tradition der Regel nach Eigenthum nur dann erwerbe, wenn der Auktor Eigenthümer war, verweist aber auf I. 15. § 42 ff., wonach die Vindikation bei gewissen Sachen ausgeschlossen ist und deutet dadurch an, daß hier ausnahmsweise auch von einem Nicht-Eigenthümer her Eigenthum erworben werden könne. — Das Oestr. Gesetzbuch § 367 spricht es unbefangen aus, daß der redliche Erwerber in den Fällen, in welchen er der Eigenthumsklage nicht ausgesetzt ist, Eigenthum erworben und „der vorige Eigenthümer" nur einen Schadensersatzanspruch gegen diejenigen habe, welche ihm verantwortlich sind[9]).

Am entschiedensten hat das Handelsgesetzbuch art. 306 die Ausschließung der Vindikation zu einem Prinzip des materiellen Rechts formulirt[10]):

> Wenn Waaren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe veräußert und übergeben worden sind, so erlangt der redliche Erwerber das Eigenthum, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war. Das früher begründete Eigenthum erlischt . . . .
>
> Sind Waaren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe verpfändet und übergeben worden, so kann ein früher begründetes Eigenthum, Pfandrecht oder sonstiges dingliches Recht an den Gegenständen zum Nachtheil des redlichen Pfandnehmers oder dessen Rechtsnachfolgers nicht geltend gemacht werden . . . . . Dieser Artikel findet keine Anwendung, wenn die Gegenstände gestohlen oder verloren waren[11]).

Das Basler Gesetz v. 12. März 1864. § 1 sagt zögernd, daß

---

[9]) Exner die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition. 1867. S. 58 ff., besonders S. 66 ff.

[10]) Seine Sätze sind durch das Bremer Einführ. Ges. des Handelsgesetzb. v. 11. Mai 1864 § 30 auf das Civilrecht ausgedehnt worden.

[11]) Endemann Handelsrecht § 77 hat die bedenklichen Sätze der früheren Auflagen (in N. 11 resp. 12), wonach die Hingabe von Nicht-Fungibilien dasselbe Wesen habe wie die numeratio oder Hingabe von Fungibilien, in der 3. Aufl. 1876, (vgl. N. 16) aufgegeben.

der Erwerber „als Eigenthümer behandelt wird[12])". Dagegen bestimmt das Schweizerische Bundes-Gesetz über Obligationenrecht art. 205:

„Vorbehältlich der Bestimmungen über gestohlene oder verlorene Sachen erlangt der gutgläubige Erwerber einer Sache das Eigenthumsrecht, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war."

§ 146. Die Klagen auf Herausgabe von Mobilien[1]).

I. 1. Nach älterm deutschem Recht darf der Eigenthümer nicht unter allen Umständen seine Sache vom dritten Besitzer vindiciren:

---

[12]) Ueber das Recht von Luzern und Solothurn vgl. Franken Gutachten (§ 146 N. 1) S. 183, 184.

[1]) Wir stellen diese Lehre an den Anfang des Mobiliarsachenrechts, weil für dasselbe die prozessualen Grundsätze früher als die materiellen ausgebildet waren und weil es sich nicht bloß um die Eigenthums-, sondern überhaupt um die sachenrechtlichen Klagen handelt. Die Kenntniß dieser Lehre ist unentbehrlich für das Verständniß einer Reihe von Prinzipien des Mobiliarsachenrechts.

Literatur.

Riccius doctrinae de dominio pignoris Germanici in creditorem translato examen polemicum. Gothae. 1746. 4°. — Hasse Giebt es nach dem Sachsenspiegel ein Eigenthum an beweglichen Sachen und wird dieses aufgegeben durch die bloße freiwillige Entfernung aus der Wehre? Eine vorläufige Erörterung. Ztschr. f. gesch. Rechtswiss. I. S. 18—43. — Rogge über das Gerichtswesen der Germanen. 1820. S. 226 ff. — Eichhorn Rechtsgeschichte § 59[b], 361[b], Privatrecht § 170—172. — Cropp über den Diebstahl nach dem ältern Recht, in Hudtwalker und Trummer kriminalist. Beiträge II. 1825, 26. S. 3 ff., 233 ff. — Albrecht Gewere S. 81 ff. — Grimm Rechtsalterth. S. 589 ff. — Budde diss. de vindicatione rerum mobilium Germanica. Bonn. 1837. — Gaupp in d. Ztschr. f. d. R. I. S. 111—143. — Bruns Recht des Besitzes 1848. S. 285 ff., 311 ff., die Besitzklagen des heutigen und römischen Rechts 1874. S. 228 ff. — Walter deutsche Rechtsgeschichte (2. Aufl.) § 537—541, 683, 684, 687, 688. — Delbrück Ztschr. f. deutsch. R. XIV. 1853. S. 221 ff., 247 ff.; die dingliche Klage des deutschen Rechts 1857; Nachträge zur dinglichen Klage des deutschen Rechts, in Jhering's Jahrbb. X. 1871. S. 110—176. — Michelsen die Hausmarke. 1853. S. 24 ff. (mit Bezug auf die nordischen Rechte). — Platner historische Entwickelung des deutschen Rechts. II. 1854. S. 93 f., 308 ff. — v. Gerber in d. Ztschr. f. Civ. R. und Proz. XI. 1854. S. 1 ff. und dann in s. jurist. Abhh. S. 372 ff. — Fr. J. Kühns diss. de in-

nur wer wider seinen Willen aus dem Besitz einer Sache gekommen ist, darf sie beim Dieb oder beim dritten Besitzer anhalten und für sich in Anspruch nehmen[2]). Wer die Sache einem Andern lieh oder

---

tertiatione. Berol. 1855. — Siegel Gesch. des deutschen Gerichtsverfahrens I. 1857. S. 42 ff., 86 ff., 252 ff. — Stein Untersuchungen über die Entwickelung und Fortbildung des deutschen Sachenrechtes. I. 1857. S. 129 ff. — Hänel das Beweissystem des Sachsenspiegels. 1858. S. 139 ff. — Rückert Untersuchungen über das Sachenrecht der Rechtsbücher, zunächst des Sachsenspiegels. Leipz. 1860. S. 160 ff., 205 ff. — Behrend observationes de actione simplici (schlichte klage) juris Germanici. Berol. 1861. — Ziebarth die Realexekution und die Obligation. Halle 1866. S. 234—244. — Goldschmidt über den Erwerb dinglicher Rechte und die Beschränkung der dinglichen Rechtsverfolgung, insbesondere nach handelsrechtlichen Grundsätzen, in seiner Ztschr. VIII. 1865. S. 225—343, IX. S. 1—74, Handbuch (1. Aufl.) § 9. S. 811—835. — v. Bar das Beweisurtheil des gemanischen Prozesses. 1867. S. 150 ff. — Sohm der Prozeß der Lex Salica. 1867. S. 55 ff. — Laband die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters. 1869. S. 50 ff. — Fruin de anfang en de slichte clage umme varende have. Amsterd. 1871. 4°. — Heusler die Beschränkung der Eigenthumsverfolgung bei Fahrhabe und ihr Motiv im deutschen Rechte. Basel 1871. 4°, Gewere 1872. S. 487—502. — Planck Gerichtsverfahren I. S. 393 f., 694 ff., II. S. 417 ff. — Franken französisches Pfandrecht I. S. 270 ff., 275 ff., 289 ff. — Franken Gutachten über die Frage: Was ist im deutschen Civilgesetzbuch über die Vindikation beweglicher Sachen im Verhältniß zum redlichen Erwerb zu bestimmen 1880 (in den Gutachten für den Juristentag 1880) S. 13 ff., 131 ff. — Carlin (vgl. § 145 N. 1*) besonders S. 42 ff. — Kern Entwickelung des Grundsatzes „Hand muß Hand wahren" (Inaug. Differt.). Breslau 1881.

Fast alle angeführten Schriften behandeln das Thema nur mit Bezug auf das Mittelalter, vom Gesichtspunkt des materiellen Rechts oder des Prozesses, besonders des Beweisrechts aus. Goldschmidt stellt auch das neuere deutsche Recht dar, ist aber insofern nicht vollständig, als er die Receptionszeit übergeht und auf die mittelalterliche Periode gleich die modernen Gesetzbücher folgen läßt. Franken giebt in s. Gutachten S. 154 ff. eine Uebersicht über die neueren Gesetzgebungen nicht bloß Deutschlands, sondern überhaupt von Europa und Amerika. Bei unserer Darstellung lassen wir die rein prozessualischen Fragen bei Seite und verweisen in Betreff ihrer auf die zahlreiche monographische Literatur.

[2]) Ueber die Rückforderung der durch Diebstahl verlornen Sache vgl. L. Salica 37, L. Rib. 33, 47, wobei unterschieden wird, je nachdem das Verfahren innerhalb dreier Tage nach dem Verlust oder später eingeleitet wird; über das per tercia manu agramire L. Sal. 37 vgl. besonders Sohm S. 76 ff.

sonst in seinen Besitz ließ, kann nur von diesem selbst sie oder Schadensersatz fordern; ist sie dem Eigenthümer gestohlen, so kann nicht der Eigenthümer, sondern nur derjenige de cujus casam ipsas res rapuit aut furavit die Diebstahlsklage anstellen[3]).

2. Von der Regel, daß der Eigenthümer die wider seinen Willen verlorne Sache von dem Besitzer unbedingt zurückfordern darf, kennen einzelne ältere Quellen eine Ausnahme: kann nämlich der Beklagte seinen redlichen Erwerb von einem dritten Veräußerer nachweisen, ist er aber ohne seine Schuld außer Stande, seinen Gewährsmann zu stellen, so giebt er sie dem Kläger nur zurück, wenn dieser ihm den Kaufpreis ersetzt[4]).

---

[3]) Ed. Liutpr. 131. — Daß sich vielleicht in L. Alam. Karol. V. 1. 2 der Ansatz dazu findet, auch in diesen Fällen dem Eigenthümer die Diebstahlsklage zu geben, vgl. Heusler Eigenthumsverfolgung S. 29 (in seiner Schrift über die Gewere fehlt dieser Passus).

Die Ansicht von Albrecht (Gewere S. 23, 31 f., 81 ff.), daß beim widerrechtlichen Verlust der Sache die Gewere nicht verloren gehe, sondern der Berechtigte eine juristische Gewere behalte, welche das Fundament der dinglichen Klage bilde, ist jetzt allgemein aufgegeben.

Unter den vielen Versuchen, diese Beschränkung des Klagrechts zu erklären, hebe ich die Ansicht von Heusler hervor, welcher den Grund in dem lediglich exekutivischen Charakter des Mobiliarprozesses findet; es sei keine Klage zulässig gewesen, bei welcher das materielle Recht des Eigenthümers zu untersuchen gewesen sei; bei Diebstahl oder Raub oder Verlust solle das vorher bestandene Rechtsverhältniß hergestellt werden; bei freiwilliger Hingabe werde aus dem Kontrakt geklagt. — Ich nehme dagegen an, daß, wenn der Prozeß eine Ausdehnung des Klagrechts hinderte, mit dieser Beschränkung auch die Auffassung des materiellen Rechts übereinstimmte. Jedenfalls gab doch in der spätern Zeit die prozessualische Gestaltung kein Hinderniß für die Klage gegen dritte Personen in den gedachten Fällen ab und doch hielt man an der Beschränkung fest. Und würde nicht der Prozeß umgestaltet worden sein, wenn man beabsichtigt hätte, dem Eigenthümer auch im Fall der freiwilligen Hingabe die Klage gegen den Dritten zu gewähren?

[4]) Stobbe Juden in Deutschland S. 241. — L. Burgund. 107. 8: der beklagte Burgunder hat den zurückgeforderten Sklaven von einem Franken gekauft: quantum precium dedit, tantum recipiat. — Angelsächs. Ges. v. Hlothar und Eadric 16. § 2: ein Mann aus Kent hat etwas zu London gekauft und kann seinen Gewährsmann nicht stellen; der Kläger soll ihm denjenigen Kaufpreis ersetzen, welchen der Beklagte gezahlt zu haben behauptet. — L. Wisig. VII. 2. 8 und danach L. Baiw. IX. 7: kann der Beklagte den diebischen

Daß derjenige, welcher eine Sache einem Andern lieh, bei ihm deponirte u. s. w., sie vom dritten Erwerber nicht zurückfordern darf, wenn sein Contrahent sie veräußert hat, sagen die ältesten Quellen nicht ausdrücklich, noch dürfen wir dies im allgemeinen als älteres Recht annehmen; einzelne Rechte gaben entsprechend dem Römischen Recht dem Eigenthümer die Klage auch gegen den dritten Erwerber[5]).

II. Im spätern Mittelalter, in der Zeit der Rechtsbücher, treten ganz bestimmt die beiden Prinzipien hervor: wem eine Sache gestohlen oder sonst wider seinen Willen fortgekommen ist, kann sie vom dritten Besitzer herausverlangen; wer sie einem Contrahenten übergeben hat, kann nur gegen diesen auf Herausgabe der Sache, resp. auf Schadensersatz klagen[6]). Im ersten Falle findet die Klage gegen jeden Besitzer, im zweiten nur gegen den ersten Empfänger statt[7]).

Gewährsmann nicht stellen, so wird der Schaden zwischen dem Kläger und Beklagten getheilt; der Kläger ersetzt dem Beklagten den halben Kaufpreis. — L. Wisig. XI. 3. 1: wer von einem überseeischen Kaufmann eine gestohlene Sache gekauft hat, soll keine Klage zu fürchten haben; Dahn in Goldschmidt's Ztschr. XVI. S. 404 ff., westgoth. Studien S. 93 ff., vermuthet bei dieser Bestimmung semitischen Einfluß. — Ueber den entsprechenden Grundsatz des indischen Rechts Jolly in d. Ztschr. f. vgl. Rechtswiss. III. S. 267.

In Betreff der gegen den Willen des Herrn von seinem Leibeignen veräußerten Sachen, welchen Fall ebenso wie die spätern Quellen schon Ed. Roth. 233, L. Liutpr. 87 dem Verlust durch Diebstahl gleichgestellt, verordnet Antiqua Reccar. 287 und im Anschluß daran L. Baiw. XVI. 3, daß der klagende Herr dem Beklagten pretium reddat; die spätere L. Wisig. V. 4. 13 sagt, daß der Beklagte den Ersatz des Preises nicht beanspruchen darf, wenn er wußte, daß der Verkäufer Leibeigner eines Andern sei.

[5]) So scheint es nach Ant. Reccar. 289 und L. Baiw. XVI. 4. Auch ist in diesem Sinne L. Rib. 72. 1 aufzufassen, wonach beim Intertiationsverfahren dem Kläger schließlich derjenige haftet, welcher inlicito ordine vendidit vel furavit, so daß hier der Verkauf anvertrauter Sachen dem Diebstahl gleich zu stehen scheint.

[6]) Gegen die früher sehr allgemeine Annahme (z. B. Albrecht Gewere S. 81, 87 N. 183, Gaupp in d. Ztschr. I. S. 111 f., 113, Siegel Erbrecht S. 186 u. s. w.), daß Forderung der technische Name für die Kontraktsklage im Gegensatz gegen die Anefangsklage gewesen sei, vgl. Planck Ztschr. X. S. 246 N. 94, v. Gerber Ztschr. XI. S. 26, 28 (jur. Abh. S. 397, 399 f.), Laband S. 55 ff.

[7]) Man darf diese beiden Klagen nicht mit der römischen dinglichen und

A. Wer den Besitz einer Sache unfreiwillig verloren hat, gleichviel ob er Eigenthümer ist oder nicht, kann sie von jedem Besitzer herausfordern[8]). Seine Klage ist keine Vindikation, keine dingliche Klage, ihr Fundament ist nicht Eigenthum oder ein sonstiges dingliches Recht; sie steht dem Eigenthümer ebenso gut wie einem Commodatar, Depositar, Pfandgläubiger, Finder u. s. w. zu. Will man ihr einen römischen Namen geben, so ist sie eine actio in rem scripta (N. 7). Der Kläger behauptet, daß er wider seinen Willen aus dem Besitz und daß der Beklagte oder ein Vorbesitzer desselben durch eine unrechtmäßige Handlung in den Besitz gekommen sei, und fordert sie darum vom jetzigen Besitzer zurück[9]).

Der Hauptfall des unfreiwilligen Verlustes ist Diebstahl oder

---

persönlichen Klage identificiren, vgl. besonders Laband S. 50 ff., 69. Denn dinglich ist die Klage, welche sich auf ein dingliches Recht stützt, aber nicht die Klage gegen jeden Besitzer. Letztere ist vielmehr eine actio in rem scripta.

[8]) Daß dies in der That ein allgemeines Prinzip gewesen sei, vgl. unter den Neueren Goldschmidt Ztschr. VIII. S. 246 ff., Laband S. 69 ff.

[9]) „Insofern wäre die Klage also wirklich rein possessorisch oder, wenn man so sagen will, rein detentorisch", Bruns Besitzklagen S. 229. Vgl. auch oben § 73. 3, Planck I. S. 724 f., 726 und unten N. 16.

Man darf nicht behaupten, daß diese Klage die Anefangsklage sei; vielmehr stand es im Belieben des Klägers, ob er den Prozeß in hochformeller Weise durch Anpacken der Sache (anefang) beginnen oder ob er schlicht klagen wollte, und es fällt nach keiner Richtung der Gegensatz von Anefang und schlichter Klage mit dem Gegensatz der actio in rem scripta bei unfreiwilligem Verlust und der Klage gegen den Contrahenten im Falle freiwilliger Hingabe zusammen. Ueber die schlichte Klage vgl. Behrend a. a. O., über beide Arten des Verfahrens Laband S. 57, 90 ff., über das Anefangsverfahren Planck I. S. 824 ff. — In Riga waren die Formen des Anefangs unbekannt, v. Bunge die Stadt Riga 1878 S. 375 N. 66.

Wenn der Kläger mit Anefang klagt, stellt er nicht „eine zugleich mit Deliktsansprüchen versehene Forderung" an (v. Gerber in d. Ztschr. S. 30, jur. Abhh. S. 401), er beschuldigt auch nicht den Besitzer einer Unredlichkeit (Planck Ztschr. f. d. R. X. S. 246 N. 94); seine Klage ist keine condictio furtiva (Walter Rechtsgesch. § 541 N. 2); der Kläger behauptet auch nicht, daß der Beklagte den Besitz nicht auf ordnungsmäßige oder rechtschaffene Weise erworben habe (Laband S. 94), vielmehr, daß der gegenwärtige Besitzer oder ein Vorgänger desselben eine Unredlichkeit begangen habe (so formulirt richtig Laband S. 102; vgl. auch Stobbe in der krit. Viertelj. Schr. XI. S. 243, Fruin S. 47 ff.).

Raub. Manche Quellen heben ihn allein hervor[10]); andere bemerken, daß jeder sonstige unfreiwillige Verlust zur Klage gegen den dritten Besitzer berechtigt[11]), also auch wenn die Sache dem Kläger durch eine Verwechslung fortgenommen[12]), wenn sie ihm fortgeschwemmt ist, wenn er sie verloren und ein Anderer sie gefunden hat u. s. w.[13]), ganz besonders auch wenn das Gesinde, die Ehefrau, der Haussohn unbefugte Veräußerungen vorgenommen haben[14]). Denn selbst wenn der Dienstherr, Ehegatte, Hausherr diese Sache den betreffenden Personen übergeben hatte, behielt er sie doch noch in seinem Besitz und übte denselben durch die zu seinem Hauswesen gehörigen Personen aus; er hatte die Sache nicht aus seinen Geweren in die Gewere eines Andern gelassen.

Der Kläger behauptet und beschwört, daß die Sache sein gewesen sei und noch sein sei. Er will damit nicht sagen, daß er das Eigenthum an ihr habe[14a]), sondern nur, daß er sie im Besitz ge-

---

[10]) Quellenstellen bei Bruns Besitz S. 313, 314, Laband S. 70 ff.; vgl. auch Gosl. Statt. S. 98. Z. 15, Rechtsb. n. Dist. IV. 42. d. 1, v. Richthofen fries. Rechtsq. S. 102. § 2.

[11]) Quellenstellen bei Laband S. 80, Stobbe in d. krit. Viertelj. Schr. XI. S. 241; auch Augsb. Stadtr. (Meyer) S. 110.

[12]) z. B. Sachsensp. III. 89.

[13]) Laband S. 72 ff., 78 ff.

[14]) Besonders Laband S. 80 ff., für franz. R. Franken I. S. 271. — Ueber Veräußerungen durch den Knecht vgl. außer den Stellen bei Laband S. 82 N. 21 auch Schwabensp. 259, Ruprecht I. 171, Landr. v. Hadeln V. 24, vgl. auch G. Hertz die Rechtsverhältnisse des freien Gesindes 1879 S. 52 ff. und unten III. § 187 N. 34. Die Nordhäuser Statuten v. 1308. § 147 stellen zusammen: den Sohn, Freund, Cumpan und Knecht. — Ueber den veräußernden Sohn Laband S. 82 N. 20, Stdtr. v. Freiburg im Breisgau v. 1120. § 47, Schwabensp. 61, Schaffhäuser Richtebrief art. 119 und unten im Familienrecht. — Ueber die veräußernde Ehefrau Kraut Vormundschaft II. S. 398 ff., Hänel in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. I. S. 279, Rive Vormundschaft II. 2. S. 127 N. 67, v. Martitz ehel. Güterr. S. 135 N. 15—17, Laband S. 81 N. 18 f., Schröder ehel. Güterr. II. 1. S. 109 f., II. 3. S. 220 N. 12, 226 ff. — Nach Goslar. Recht soll — entgegen den allgemeinen Grundsätzen — der Ehemann die von ihr verpfändeten Sachen auslösen, Schröder II. 3. S. 328 N. 35. — Nach dem Recht von Winterthur (Bluntschli Zür. R. G. II. S. 148) kann der Mann überhaupt nicht die veräußerten Sachen zurückfordern.

[14a]) Planck I. S. 709: „Ja sogar der Dieb, dem das Pferd von einem

habt und nichts gethan habe, um seinen Besitz oder sein Recht zu verlieren[15]) und daß die jetzt in Anspruch genommene Sache mit der von ihm verlorenen identisch sei[16]). Der Beklagte kann nur einwenden, der Kläger habe die Sache nicht wider seinen Willen verloren, aber nicht, sie habe ihm nicht gehört[17]). Konnte er oder der Auktor, von welchem er die Sache erhalten hatte[18]) und welcher zu seiner Vertheidigung in den Streit eintrat, den Grund der Klage nicht widerlegen, so unterlag der Beklagte; wegen Ersatz des Kaufpreises oder des sonst von ihm für den Erwerb gegebenen Aequivalents durfte er sich nicht an den Kläger, sondern nur an seinen Auktor halten.

Von diesen Grundsätzen wurden aber einzelne Ausnahmen gemacht: zunächst sollten erbeutete Sachen nicht zurückgefordert werden

---

Dritten gestohlen wird, mag es vielleicht wagen zu behaupten, das in fremden Besitz von ihm gefundene Pferd sei sein gewesen, als er es zuletzt sah".

[15]) Tropp S. 148 N.

[16]) Vgl. gegen Bruns Besitz S. 313 ff., welcher in Folge jener Formulirung als Grundlage der Klage das Eigenthum ansieht, besonders Laband S. 108 ff. — Sohm Prozeß der Lex Salica S. 56 ff. hatte gleichfalls den Satz vertheidigt: „die deutsche Vindikation ist eine wahre vindicatio, eine petitorische, keine possessorische Klage". Jetzt (Trauung und Verlobung S. 19) hat er seine Ansicht geändert: „das Eigenthum an der beweglichen Sache kennt keinen petitorischen, d. h. keinen Rechtsschutz, sondern lediglich possessorische Vertheidigungsmittel, d. h. Besitzesschutz." — Dagegen hält Franken Pfandrecht I. S. 293 ff. an dem petitorischen Charakter der Klage fest; „die Sache ist mein" bedeute: „ich habe sie redlich erworben." — Bei Beurtheilung der Klagformulare ist besonders auf solche Stellen Gewicht zu legen, in denen der Kläger nicht sagt, die Sache sei sein gewesen und sei noch sein, sondern wie im Wiener Stadtrecht (Schuster) art. 78: daz der rok . . . sein wer, ee er im verstolen worden, d. h. er habe ihn durch Diebstahl aus dem Besitz verloren. — Bei Forel chartes communales du pays de Vaud 1872. p. 98. § 15 (v. J. 1347) heißt die Eidesformel: si ille petitor probare poterit rem illam fore suam, vel si probare poterit proprio juramento et per duos testes ydoneos se ante habere possessionem dicte rei pacificam.

[17]) Laband S. 118 ff. — Doch bemerkt wohl mit Recht Bruns Besitzklagen S. 229 ff., 235 f., daß manchmal der Beklagte Eigenthum an der Sache habe behaupten dürfen.

[18]) Gewere, Gewährsmann; in süddeutschen Quellen geschol, geschub; über französ. Recht Franken I. S. 310 N. 3.

dürfen[19]). Ferner: sowie schon nach einzelnen Volksrechten (N. 4), so gilt auch nach neuerem Recht partikulär der Beklagte als begünstigt, wenn er den qualifizirten Erwerbstitel des Kaufs auf dem gemeinen Markt für sich anführen kann. Da es nicht zu erwarten steht, daß er sich seinen Verkäufer bestimmt gemerkt hat und ihn zur Stelle schaffen kann, darf er (im Falle seiner bona fides) vom Kläger den Ersatz des Kaufpreises fordern[20]) oder wird er, nach andern Quellen, von der Klage ganz entbunden[21]).

---

[19]) Vgl. darüber unten § 149. III.

[20]) Stadtr. v. Leobschütz v. J. 1270. § 40—42 (Tzschoppe und Stenzel Urk.B. no. 62*); In die forensi tanta est libertas fori publici in Lubsicz, ut quidquid emerit quisquam in ipso foro et hoc poterit legitime comprobare, eciam si illa res impetatur ab aliquo nomine furti vel rapine, ipsi emptori nichil ex hoc deperiet in rebus suis aut honore. Sed si in platea vel in domo extra forum aut non in die forensi quicquam emerit sub testimonio honesto, ipse quidem innocens erit in fama si res illa inpetatur et eciam convincatur, sed perdet res suas, quas dedit pro eadem. — Murtener Stadtr. § 34 (Gaupp Stadtrechte II. S. 158): Si quis in foro de Murat publice aliquid emerit sine alicujus contradictione, non debet amittere sortem, quam pro eo dedit, quantumcunque res fuerit viciosa. si vero intra domum tacite emerit, probato quod res fuerit furtiva vel ablata, tenetur eam restituere, qui sic emit, et amittit sortem suam. si vero extra villam in nemoribus vel in deviis, perdit pretium, quod pro ea dedit et rem restituit, et sculteto LX solidos tenetur emendare. — Landrecht für Jülich art. 48. § 2 (Lacomblet Archiv I. S. 141): wie eyner eyn perdt off ouch ander gueter, die gestoelen weren, uff eyme fryen marcte gegoulden hette, und dat sonder gedroch und fyrpell, und der rechte here der gueter foulgde na unde funde syne have und gueter by deme gelder; so sall deme gelder syn uyssgelachte gelt weder werden. — Sehr häufig in Quellen der französischen Schweiz, z. B. Franchises d'Evian v. J. 1265. § 3 (bei Le Fort l'ancien diocèse de Genève p. 6): Si burgensis insciviter emerit in foro publico rem furtivam de homine non suspecto et dominus requisierit et eam probaverit esse suam, burgensis suum precium non amittat, vgl. auch p. 17 § 11, p. 122 § 42, p. 134 § 53, p. 157 § 62, p. 169 § 55, Forel pays de Vaud p. 98 § 16, p. 272 § 45. Züricher VO. v. 1431 (Bluntschli Rechtsgesch. I. S. 419): wenn die Sache durch Vermittelung eines Mäklers gekauft war. — Nachweisungen aus außerdeutschen Quellen bei Goldschmidt Ztschr. VIII. S. 263 N. 10, 11, vgl. auch Franken I. S. 296 ff., 320 ff.

Verwandt ist die Bestimmung des Münchener Stadtr. art. 110 (im Gegensatz gegen Lüb. R. (Hach) II. 157, III. 56): daß ein Speisewirth, welchem

Dieselbe Begünstigung galt für den Verkehr der jüdischen Kaufleute: sie brauchten ihnen verkaufte oder verpfändete Sachen, auch wenn sie gestohlen sind, nur refuso pretio herauszugeben[22]).

Nach dem Recht der Hansestädte waren über See gekommene Sachen von jeder Ansprache frei; ihr vitium erscheint durch den Seetransport als getilgt und jeder, welcher sie justo titulo erwirbt, erlangt ein unanfechtbares Recht[23]).

---

gestohlene Sachen versetzt sind, sie nur gegen Bezahlung seiner Forderung herausgiebt. — Bamberger Stadtr. § 77: Wer aber jm die hab eingesetzt worden, so soll er aber behaben, das er fur rechtfertiges gut daruff gelihenn habe unnd dasselb soll im der wider geben, der nach der hab kombt unnd die behabt. — Luzerner Stadtr. art. 72: dem Pfandgläubiger ist vom Kläger seine Forderung zu bezahlen, wenn er seinen Glauben beschwört, daß die Sachen dem Verpfänder gehörten.

21) Recht v. Colmar v. 1293. § 23: Sprichet aber der bi deme es funden ist, das er es uf eime offene markete koufte und es weder dubic noch robic enwiste und daz er jenen niht erkande von dem er es gekoufte, darumbe sol man sinen eit nemen, und sol in unbekumbert lassen. — Brünner Schöffenb. c. 57: . . . respondit, se ipsum emisse in foro publico, pro sua bene quaesita pecunia clara die: Et cum hoc per hospitem, in cujus domo manebat, et duos probos viros, quos [qui] emtionis et venditionis equi praedicti mercipotum . . . . biberant, probasset coram judicio, ab actoris instantia fuit judicialiter absolutus. — Bamberger Stadtr. § 76: Behabt aber der, der die hab kaufft hat, das er si bey lichtem tag gekaufft hab fur rechtvertiges gut und nit west, das es gestolen oder geraubt were und sich weder verstund weder versehe das es unvertig were, so ist er nichts darumb verfallen, noch nichts schuldig, die hab wider zu geben. — Aehnlich Weisth. v. St. Vith § 40 (herausgegeben v. Lörsch in publications de l'Institut de Luxembourg, 23. Jahrg.).

22) Vgl. oben I. § 46 N. 40. Zu den zahlreichen Quellenbelegen bei Stobbe Juden S. 119 ff., 241 ff. vgl. noch den Zus. des Augsburger Stadtrechts (Meyer) S. 56, die Straßburger VO. bei Hegel Chroniken IX. S. 982, das Steiermärk. Ldr. art. 227. — Aehnliche Bestimmungen für die Lombardischen Geldwucherer vgl. Amiet Geldwucherer des Mittelalters. 1877. S. 76, 112, 246.

23) Hamb. Stdtr. v. 1270. VII. 9. § 1, 2 (Lüb. Recht (Hach) III. 334), Statuten v. 1603. II. 19. art. 2 u. 3, Revid. Lüb. R. VI. 5. § 4, 5 (unter der Voraussetzung des Besitzes Jahr und Tag hindurch), Lüb. Urth. bei Michelsen no. 58. — Albrecht Gewere S. 124 N. 270a, Baumeister I. S. 246, Goldschmidt S. 262 N. 8.

Nach Sachsensp. II. 36. § 5 findet der Anefang auch bei Sachen, welche über schiffreiches Wasser gekommen sind, statt; aber der Kläger braucht dem Be-

B. Hatte der Eigenthümer oder ein sonstiger Besitzer in freiwilliger Besitzübertragung die Sache einem Andern mit der Verpflichtung zu späterer Rückgabe übergeben und hatte dieser sie veräußert oder unfreiwillig verloren, so steht er allein seinem Contrahenten ein und kann letzterer sich nicht an den dritten Besitzer halten[24]). Herkömmlich bezeichnet man dies Prinzip durch das Sprüchwort: „Hand wahre Hand“[25]).

Diese Beschränkung der Klage des Tradenten galt nicht bloß für Leihe und Verpfändung, nicht bloß für diejenigen Fälle, in welchen die Hingabe der Sache im Interesse des Empfängers erfolgt war, sondern für jede freiwillige Besitzübertragung[26]). Nur parti-

klagten nicht zu einem Gewährsmann über schiffreiches Wasser zu folgen. Der Ausdruck „schiffreiches Wasser“ bezeichnet sonst nicht bloß das Meer, sondern zweifellos auch größere Flüsse, z. B. Grimm Weisth. V. 232. § 63, 711. § 9; Salzburger Taidinge S. 67. § 20 (vgl. auch Grimm Rechtsalterth. S. 347).

[24]) Sachsensp. II. 60. § 1 und zahlreiche Parallelstellen, Deutschensp. 176, Rechtsb. n. Dist. IV. 42. d. 14, Magdeb. R. v. 1304. art. 113, Hamb. Stadtr. v. 1270. IX. 21, 1292. M. 17, 1497. L. 11, Lüb. R. (Hach III.) 372, Stadtr. v. Stade VI. 8 (Pufend. I. 205), Glogauer Rechtsb. 144, Purg. III. 22, III. 53, VII. 57. — Speziell für Leihe Gosl. Statt. S. 82. Z. 13, S. 98, Z. 36, Lüb. R. II. 194; für Leihe um Lohn (Miethe) oder durch Treue Münch. Stadtr. art. 191, für Miethe Brünner Schöffenb. c. 155, für Depositum Münch. Stadtr. art. 177; für Depositum, Leihe, Uebergabe an Handwerker Kulm V. 6, für den Transportvertrag, wenn der Fuhrmann das ihm übergebene Gut verspielt hat, Wiener Stadtr. art. 49, 50 (Schuster), u. s. w.

[25]) Dasselbe kommt nur in drei deutschrechtlichen Stellen vor, welche sämmtlich dem sächs. fries. Norden angehören: in einigen Texten v. c. 17 der 24 fries. Landrechte (v. Richthofen S. 67 N. 17), im Billwärder Ldr. art. 69 (Lappenberg Hamb. Rechtsalterth. S. 340) und dem Rev. Lüb. R. III. 2. art. 1 (die Stellen stehen auch bei Kraut § 82. no. 39—41 und § 33. no. 2). In einer schwedischen Quelle (bei v. Amira nordgermanisches Obligationenrecht I. S. 655 f.) wird gesagt, der Entleiher solle die Sache dem Andern zurückgeben, „weil Hand soll der Hand übergeben.“ Es bedeutet, daß die Hand des Empfängers unbedingt einstehen, haften soll der Hand des Gebers. In den Verdener Statuten c. 57 (Pufend. I. 98) heißt es: de (der Leiher) waret sinen man, deme he idt gedan hefft, d. h. der Kläger kann sich an ihn allein halten; über das Wort waren, weren vgl. v. Richthofen Wörterb. 1136, Müller-Benecke Wörterb. III. 507., Heusler Gewere S. 498.

[26]) A. M. Mevius ad j. Lubec. III. 2. art. 2. no. 19, Cropp S. 258 ff., Bruns R. des Besitzes S. 316 f. u. A.; vgl. aber Baumeister I. S. 243

kulär darf in einzelnen Ausnahmefällen der Tradent auch gegen den dritten Besitzer klagen:

a) Der Deponent darf die von seinem Depositar veräußerte oder bei ihm verloren gegangene Sache vom dritten Besitzer abfordern[27]).

b) Wer einem Handwerker eine Sache zur Bearbeitung überlieferte, kann die Herausgabe vom dritten Besitzer verlangen, welchem der Handwerker sie veräußerte oder verpfändete, muß aber dem Beklagten den dem Handwerker schuldigen Arbeitslohn bezahlen[28]).

N. 9, Stobbe Vertragsr. S. 273, Goldschmidt S. 249 N. 9, v. Bar S. 156, jetzt auch Bruns Besitzklagen S. 228 und oben N. 24.

Auch darf man nicht behaupten, daß bei solchen Kontraktsverhältnissen, bei welchen der Empfänger für Diebstahl nicht unbedingt einzustehen hatte, der Tradent das Recht gehabt hätte, die dem Empfänger gestohlene Sache vom dritten Besitzer herauszuverlangen; dies ist die Ansicht von Cropp S. 242 ff., 264 f., welcher sich auch v. Gerber Ztschr. S. 30, Abhh. S. 402 und mit weitern Details Rückert S. 210 f. anschließt. Das wird nirgends durch die Quellen bezeugt.

Ebenso wenig darf man für das Mittelalter mit Ziebarth S. 235, Goldschmidt Ztschr. VIII. S. 256 ff. und Andern annehmen, es habe der Tradent anvertrautes Gut vom untitulirten und unredlichen Besitzer herausverlangen dürfen. Auch dafür fehlt es an Belegen und Ed. Liutpr. 131 (Kraut § 82. no. 6) schließt bestimmt die Klage gegen den unredlichen Besitzer aus.

[27]) Goslar. Statt. S. 82. Z. 22 ff., S. 99. Z. 5 ff. und unter den spätern Quellen das Ostfries. Ldr. I. c. 101. Dagegen sprechen alle übrigen ältern Quellen dem Deponenten die Klage ab, so Rechtsb. n. Dist. IV. 42. d. 6, Münch. Stdtr. art. 177, Culm V. 6. Daher darf man durchaus nicht als allgemeine Regel die Klage des Deponenten annehmen, wie Cropp S. 249, Bruns Besitz S. 249; vgl. dagegen Walter § 540, Goldschmidt S. 254 N. 22, Laband S. 84; für sie erklärte sich die neuere Lübische und Bremische Praxis, Mevius ad J. Lub. III. 2. art. 2. no. 21, Cropp S. 251 f.

[28]) Laband S. 82—84, Löning Vertragsbruch I. 1876. S. 411 f.; vgl. auch Dortmunder Statuten IV. 3 (Frensdorff S. 109 mit Note), München. Stdtr. art. 348, Steiermärk. Ldr. art. 160. — Goldschmidt S. 253 versucht die Erklärung, daß der Handwerker wegen seiner ehemaligen Hörigkeit dem Dienstboten gleichstehe und daher der Herr trotz der Uebergabe die Sache noch in seinem Besitz behalte. Es würde dann also gar keine Ausnahme vorliegen (vgl. N. 14). Indessen spricht dagegen, daß dem Eigenthümer nirgends die Klage gegen den dritten Besitzer auch dann zugeschrieben wird, wenn die Sache dem Handwerker gestohlen wurde; vgl. auch Franken I. S. 271 f., 316 N. 1.

c) Der Committent kann das Commissionsgut, wenn es vom Commissionär in solutum fortgegeben oder bei ihm wegen Schulden mit Beschlag belegt ist, von den Gläubigern herausverlangen[29]).

d) Mehrere Stadtrechte enthalten allgemein den Satz, daß derjenige, dessen Sachen beim Empfänger von den Gläubigern desselben mit Beschlag belegt sind, sie ihnen abfordern dürfe[30]).

e) Partikulär ist die Veräußerung eines gemietheten Schiffs durch den Miether von Seiten des Eigenthümers anfechtbar[31]). Die Bestimmung erklärt sich wohl daraus, daß Schiffe in vielen Beziehungen den Sätzen des Immobiliarrechts unterlagen[32]).

f) Auch durchbrechen einzelne Statutarrechte die Regel ganz allgemein und bestimmen: wer eine Sache einem Andern übergab, kann sie, wenn dieser sie veräußerte, beim dritten Besitzer auslösen[33]).

Meines Erachtens ist der Grund für diese Ausnahme darin zu suchen, daß der Handwerker, welchem der Auftraggeber nicht sofort seinen Lohn bezahlte, das fertig gewordene Werk um den Lohn verpfänden oder veräußern durfte. Wie ein Pfandgläubiger das Pfand für seine Forderung weiter verpfänden konnte, ist das auch dem Handwerker erlaubt, welcher an dem von ihm gearbeiteten Werk ein gesetzliches Pfandrecht oder Retentionsrecht hat, vgl. unten § 156 N. 4. — In andern Quellen wird dem Handwerker die Veräußerung untersagt; vgl. Löning Vertragsbruch S. 410.

[29]) Augsb. Stadtr. (Meyer) Zus. zu art. 87. S. 168, art. 134. § 1. Dagegen sagt eine Lübische Entscheidung v. J. 1555 (Pauli Lüb. Zustände III. S. 108), daß wenn der Commissionär die Sache versetzt, der Committent sie nur einlösen darf.

[30]) Vgl. oben § 70 N. 29 und die dort citirte Literatur, auch Franken I. S. 272 ff. Viele Quellen sprechen es in Uebereinstimmung mit Sachsensp. II. 31. § 3 aus, daß Niemand fremde Sachen verwirken könne, z. B. Brünner Schöffenb. c. 121, Nordhäuser Entsch. bei Schröder Urkk. no. 251 (232). Dagegen vgl. z. B. Lüb. R. II. 194, Brünner Schöffenb. c. 155, Schröder Urkk. no. 251 (232) N. 2. Es fehlte dem Mittelalter an einer festen Auffassung darüber, ob der Satz Hand wahre Hand auch in dem Falle gelten könne, wo das Vermögen des Empfängers für seine Schulden mit Beschlag belegt wird.

[31]) Lüb. R. (Hach) II. 135, III. 72, Pauli Abhh. I. S. 182 ff.

[32]) Goldschmidt Ztschr. VIII. S. 255.

[33]) Lüb. R. (Hach) II. 194 (III. 202); Nowgoroder Schrae aus dem 13. Jahrh. (Lüb. Urk. B. I. S. 709 a. E.), Pauli lüb. Zustände III. S. 108 f. no. 108 ff., München. Stdtr. 191 a. Schl.; mit besonderer Beziehung auf dem Gastwirth verpfändete Sachen Lüb. R. (Hach) II. 157, III. 56, Goldschmidt Zeitschr. VIII. S. 261 N. 7.

§ 147. Fortsetzung. Neueres Recht.

III. Ließ sich für das Mittelalter eine gewisse Gleichförmigkeit in Rücksicht auf die Behandlung der Mobilienklagen nachweisen, so geht dieselbe mit der Reception des Römischen Rechts und dem Aufgeben des alten Prozesses verloren. Jetzt gewinnen die römischen Grundsätze in den Partikularrechten mehr oder weniger Einfluß oder werden die deutschen Prinzipien umgebildet. Der Kläger kann seine Klage gegen den dritten Besitzer jetzt nicht mehr einfach auf den unfreiwilligen Verlust stützen, sondern soll sein Recht an der Sache nachweisen; es beginnen die Grundsätze von der Vindikation Platz zu greifen.

Andererseits legt man noch Gewicht darauf, in welcher Weise der Kläger den Besitz verloren hat, beachtet aber auch weiter, auf welchem Wege, durch welchen Titel der jetzige Besitzer den Besitz erlangt hat und — was im ältern Recht fast ganz ununtersucht bleibt — ob er sich in bona fide befindet, ob er zur Zeit des Erwerbes nicht wußte, daß die Sache eine fremde sei, an welcher er kein dingliches Recht erwerben könne[1]). Sodann werden aber auch diejenigen Richtungen des ältern Rechts weiter entwickelt, welche dem Erwerb durch Vermittlung von gewissen Personen einen besondern Schutz ertheilen oder die Vindikation nur refuso pretio zulassen. Ein im allgemeinen durchgehender Zug des neueren Rechts ist es, in theilweisem Anschluß an deutsche Prinzipien oder in Umbildung oder Fortbildung derselben die Vindikation zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers zu beschränken.

Da die Partikularrechte von sehr verschiedenen Prinzipien ausgehen und öfter auch eine Mischung derselben enthalten, kommt es mehr darauf an, die einzelnen Richtungen in der Receptionszeit zu charakterisiren, als alle Gesetzgebungen streng von einander zu sondern[2]).

---

[1]) Ueber die allmähliche Berücksichtigung von bona oder mala fides auch Franken I. S. 298 ff., 315 f. — Es gilt hier der Satz: mala fides superveniens non nocet; es kommt nur darauf an, daß der Erwerber in der ganzen Zeit zwischen dem Vertragsabschluß und der Empfangnahme der Sache in bona fide war, vgl. Goldschmidt in s. Ztschr. IX. S. 37.

[2]) In der Literatur fehlt es bisher an einer Uebersicht über diese Periode

1. In einzelnen Rechtsgebieten gewinnt das Römische Recht die Oberhand. Der Eigenthümer kann gegen den dritten Besitzer nicht bloß in den Fällen unfreiwilligen Verlustes, sondern auch da klagen, wo im Mittelalter die Regel „Hand wahre Hand" zur Anwendung gekommen wäre. Seine Klage fundirt er nicht mehr darauf, daß er die Sache wider seinen Willen verlor oder daß er sie dem Beklagten gab und dieser vertragsmäßig zur Rückgabe verpflichtet sei, sondern auf sein Eigenthum; sie ist zur Vindikation geworden[3]. Um aber auch dem Nicht-Eigenthümer zu helfen, wenn er unfreiwillig aus dem Besitz gekommen war, gab man der actio Publiciana eine weitere Ausdehnung über das Römische Recht hinaus (vgl. unten V.).

2. Andere Rechte bleiben bei der Unterscheidung des unfreiwilligen Verlustes und der freiwilligen Hingabe stehen und schließen im letzteren Falle die Vindikation aus[4]. Dabei findet aber für den ersteren Fall noch ein mannigfaches Schwanken statt, ob die Klage als eine actio in rem scripta auch der Nicht-Eigenthümer, oder ob sie als vindicatio nur der Eigenthümer habe[5].

---

der Rechtsentwickelung. — Wir übergehen hier die Grundsätze über die Vindikation von barem Geld, Papiergeld und von Inhaberpapieren; über die letzteren vgl. unten § 180, 7.

[3]) Vindikation auch des anvertrauten Guts beim dritten Besitzer: Nürnb. Ref. v. 1522. XXIII. 7, 9, XXIX. 2, Nürnb. Ref. v. 1564. XX. 2. Satz 5, XX. 5. — Frankf. Ref. II. 2. § 2. — Lüneb. Ref. II. tit. 2. Satz 3 u. 4, II. tit. 14, VIII. tit. 35. — Lauenburger Stdtr. III. 1. (Pufend. III. p. 325). — Baseler Stdtr. v. 1719. II. 3. § 252. — Freiburger Statt. II. 1. fol. 33[b], II. 4. fol. 36[a].

Die Sächsische Praxis hat trotz des Sachsenspiegels schon im 16. Jahrh. mit vollem Bewußtsein das Prinzip: „Hand wahre Hand" verlassen, Haubold § 188. Zus. 1, Emminghaus S. 586. no. 8—10 (im J. 1791 versuchte noch einmal, aber vergeblich die Juristenfakultät zu Leipzig auf den Sachsenspiegel zurückzugehen, no. 10), Schletter Revisio differentiarum juris civilis et Saxonici. Leipz. 1869. S. 6 f. — Heimbach § 188. — Sachse § 287. — Hesse § 229. — Steinacker S. 393 f. — Paulsen § 32 (in Holstein mit Ausnahme der Städte Lübischen Rechts). — Ueber Baiern Roth II. § 149.

Das Röm. Recht gilt mit einzelnen Ausnahmen auch im Sächs. Ges. B. § 295, vgl. auch § 469.

[4]) Mevius ad j. Lub. III. 2. art. 2. no. 5, 6 vertheidigt dies Prinzip im Interesse des kaufmännischen Verkehrs.

[5]) Es würde zu weit führen, all' diese Partikularitäten genau noch weiter

Das Lübische Recht konservirt weiter seinen Satz (vgl. § 146 N. 33), daß man sich bei freiwilliger Uebergabe nicht bloß an seinen Contrahenten halten, sondern das Gut auch beim dritten Besitzer auslösen dürfe. Aber geraubtes oder gestohlenes Gut kann von jedem Besitzer ohne Ersatz seines Erwerbspreises herausverlangt werden,

---

zu unterscheiden. — Ueber die Bambergensis art. 268 vgl. Brunnenmeister die Quellen der Bambergensis S. 63 f., über Carolina 208 vgl. gegen Delbrück dingl. Klage S. 206 ff. besonders Bruns in Bekker's Jahrb. IV. S. 80 ff., S. 107 f.

Auf der Unterscheidung der beiden Fälle ruht J. Culm. ex ult. rev. III. 5. c. 1, IV. 4. c. 7; doch ist nach IV. 2. c. 3 auch im Falle freiwilliger Hingabe die Klage gegen den dritten Besitzer zulässig, wenn er in mala fide ist oder durch einen lukrativen Titel erwarb, und nach IV. 4. c. 2 kann man die vom Empfänger verpfändete Sache bei dem Pfandgläubiger auslösen.

Nach Hamb. Statt. II. 8. art. 8, II. 9. art. 7, IV. 35, II. 2. art. 7 gilt das Prinzip „Hand wahre Hand" nur dann, wenn der Dritte das anvertraute Gut mit gutem Titel an sich gebracht hat. Nach der Praxis wird aber die Vindikation in den Fällen freiwilliger Hingabe nur dann ausgeschlossen, wenn der Dritte einen Titel für sich hat und sich in bona fide befindet, Baumeister I. S. 240 ff.; der Eigenthümer kann also vindiciren, wenn seinem Contrahenten das Gut gestohlen wurde und der jetzige Besitzer es nicht mit gutem Titel an sich gebracht hat, II. 2. art. 7.

Uebrigens ist noch auf Hamb. Statt. II. 8. 8 aufmerksam zu machen. Hier werden die Fälle unfreiwilligen Verlustes aufgeführt: „wann ein Gut gestohlen, geraubet und abgetrogen ist", und man hat sich bemüht, den Begriff des abgetrogenen Guts festzustellen, vgl. z. B. Cropp in Heise's und seinen Abhh. II. S. 287 ff., Baumeister I. S. 283 ff., Goldschmidt Ztschr. VIII. S. 252, auch Franken S. 272. — Doch scheint dieser Begriff durch ein reines Mißverständniß in das Hamburger Recht hineingekommen zu sein. Die Hamburger Bestimmung ist zweifellos aus den Freiburger Statuten v. 1520. II. 4. fol. 36ᵃ entlehnt: hier heißt es aber abtragne hab, d. h. also von den Dienstboten weggetragene Habe (vgl. § 146 N. 14), ebenso wie z. B. auch nach dem Augsb. Stdtr. (Meyer) S. 110 die Klage gegen den dritten Besitzer nicht bloß bei Diebstahl und Raub, sondern auch bei „ausgetragenem" Gut zulässig ist; ebenso Wiener Priv. v. 1296 § 14 (Tomaschek Rechte v. Wien I. S. 71), wenn es sich handelt um Gut, daz im empfuret oder entragen wirt; die Berner Gesetzgebung v. J. 1539 (Manuel Bernische Verjährung S. 39) spricht von roub, verstolenn und entragen gut. (Wenn ein Bauer ohne Genehmigung des Gutsherrn ein Gut veräußert, heißt das in einem Schwarzwälder Weisth. des 15. Jahrh. bei Grimm I. S. 392: ein verstoln abgetragen gutt). Also die Herrschaft kann ihr durch das Gesinde unrechtmäßig veräußertes Gut von dem dritten Besitzer herausverlangen.

auch wenn er es auf offnem Markt gekauft zu haben behauptet[6]). Der spezielle Satz, daß, wenn Handwerker den ihnen überlieferten Stoff verkaufen oder versetzen, der Eigenthümer gegen Zahlung des verdienten Lohns das Werk auslösen kann, wird weiter hervorgehoben[7]). In Betreff der unfreiwillig fortgekommenen Sachen enthält das Lübische Recht[8]) den Satz, daß sie nicht mehr vindicirt werden sollen, wenn sie durch drei Hände hindurch gegangen sind[9]).

3. Auch für die durch Diebstahl verlornen Sachen beginnt man auf die bona fides des Erwerbers zu sehen; er ist nicht unbedingt verpflichtet, sie dem Eigenthümer herauszugeben. Nach der Wormser Reformation[10]) hat der Beklagte Anspruch auf Ersatz der Hälfte des Preises, für welchen er die Sache erwarb[11]). Auch vertheidigte die Praxis für das gemeine Recht, daß der Eigenthümer dem Besitzer auch ohne eigentliche negotiorum gestio das Kaufgeld erstatten müsse, wenn er sonst vermuthlich um das seinige gekommen wäre oder es nur mit Aufwendung vieler Kosten hätte erlangen können[12]).

---

[6]) Rev. Lüb. R. III. 2. art. 1, 2; III. 4. art. 8, 9; IV. 1. art. 6, 9. — Auch ist wohl anzunehmen, daß wenn dem Empfänger die Sache gestohlen wurde, der Hingebende gegen den Dritten klagen darf, v. Wilmowski Lüb. R. in Pommern S. 83 ff. — Gegen die Interpretation des Lübischen Rechts bei Delbrück dingliche Klage S. 221—227 walten manche Bedenken ob. — Daß anvertrautes Gut ein dritter bonae fidei possessor gegen Ersatz seines Erwerbsgeldes herauszugeben habe, sagt auch das spätere Züricher Recht, Bluntschli Zür. R. G. I. S. 420 f., II. S. 103.

[7]) Revid. Lüb. R. III. 8. art. 17, Hamb. Statt. II. 9. art. 18.

[8]) Rev. Lüb. R. IV. 1. art. 3.

[9]) Zweifellos beruht diese Bestimmung auf einem Mißverständniß des in manchen Quellen enthaltenen Prinzips (vgl. über dasselbe Laband S. 129), daß in dem Anefangsprozeß nur ein dreimaliges Ziehen auf den Geweren zulässig ist; wahrscheinlich entnahm das Lüb. Recht dasselbe dem Hamb. Stadtr. v. 1270. VII. 9. § 4; vgl. auch Goldschmidt Ztschr. VIII. S. 262 N. 9.

[10]) III. 2. tit. 22; vgl. auch oben § 146 N. 4 in Betreff der Lex Wisig.

[11]) Er kann den ganzen Kaufpreis beanspruchen, wenn er beim Erwerb vor Zeugen erklärt, er kaufe die Sache „in namen und von wegen des rechten herren ... ob die rechtfertig uberkommen were" und wolle sie dem rechten Herrn herausgeben. Diese letztere Bestimmung findet sich auch in Dec. Saxon. v. 1661. no. 90, Sächs. GB. § 314, Preuß. Ldr. I. 15. § 21, 22, Oestr. GB. § 333; in Braunschweig Steinacker S. 394 N. 2.

[12]) Struben Bedenken III. 4.

4. Der Kauf auf gemeinem Markt wird nach vielen Partikularrechten nicht begünstigt[13]). Dagegen dürfen nach den Hanseatischen Rechten über See eingeführte Sachen nicht vindicirt werden, auch wenn sie gestohlen sind[14]). Das Privilegium der Juden für ihren Verkehr wurde schon im 16. Jahrhundert durch die Reichsgesetzgebung[15]) und in den Partikularrechten aufgehoben[16]).

Dagegen sind auch in solchen Rechtsgebieten, wo im übrigen die römischen Grundsätze gelten, Leihhäuser, Banken und bestimmte andere Institute gegen die unbedingte Vindikation geschützt; sie brauchen das ihnen verpfändete Gut entweder allgemein oder wenigstens dann, wenn es der Eigenthümer einem Andern anvertraut hatte, nur refuso pretio herauszugeben[17]).

IV. Schließlich sind noch die Grundsätze der neuesten Gesetzgebungen zusammenzustellen. Es ist dabei darauf aufmerksam zu machen, daß soweit sie an den deutschen Prinzipien festhalten, die Regel hand wahre hand dem Besitzer doch nur dann zu gute kommt, wenn er sich bei seinem Erwerbe in bona fide befand[17a]).

1. Das Preußische Landrecht giebt den Standpunkt des ältern Rechts auf. Es fragt nicht danach, auf welchem Wege der Kläger aus seinem Besitz gekommen ist, sondern wie der Beklagte in seinen Besitz gelangt ist; seine Grundsätze gelten gleichmäßig für anvertrautes und für gestohlenes oder verlornes Gut[18]).

---

[13]) Vgl. z. B. Revid. Lüb. R. IV. 1. 9, Hamb. Statt. IV. 35, Baier. Ldr. 1616. VI. art. 7, seit dem 16. Jahrh. auch nicht mehr in Zürich, Bluntschli I. S. 420. Vgl. oben § 146 N. 20, 21.

[14]) Oben § 146 N. 23.

[15]) Oben § 46 N. 41.

[16]) z. B. Paulsen S. 106 N. 1, Falck IV. S. 173.

[17]) Haubold § 188 N. e, 207 N. 1 ff., Schmidt S. 239 f.; Statt. der Leipz. Bank v. 1845. § 35, 36; Priv. f. d. Ebersbacher Leihanstalt v. 1872 (Sächs. Ges. Samml. 1872. S. 360), Sachße § 341 N. 4, Hesse § 229 N. 22, Heimbach § 188 N. 5. — München. Pfandhaus O. v. 1754. § 12 (Gengler Lehrb. S. 248). — Braunschw. Leihhausbestimmungen bei Steinacker S. 264. — Nachweise bei Goldschmidt Handb. I. S. 818 N. 58, 59, S. 900 N. 19.

[17a]) In dieser Beziehung ist auch das Oldenb. Ges. v. 3. Apr. 1876 art. 22 zu erwähnen, wonach, wenn der Pfandgläubiger die Pfandsache in ordnungswidriger Weise veräußert, die Veräußerung nur gegen den bösgläubigen Käufer angefochten werden darf.

[18]) Eine Rechtfertigung derselben liefert Suarez Schlußvorträge S. 84 ff.

Die Vindikation ist gegen jeden Besitzer zulässig. Der malae fidei possessor muß die Sache unentgeltlich herausgeben (I. 15. § 17), ebenso der bonae fidei possessor, wenn er sie von einer verdächtigen Person (I. 15. § 18, 19) oder unentgeltlich erworben hat (§ 24)[18a]) oder seinen Vormann oder Besitztitel nicht anzugeben vermag (§ 37). Dagegen kann der bonae fidei possessor Ersatz des Kaufpreises fordern, wenn er die Sache von einer unverdächtigen Person titulo oneroso erlangt, besonders auf Messen oder Märkten oder sonst von Leuten erkauft hat, welche Sachen dieser Art öffentlich feil halten (§ 25, 26, 44). Gleiche Bestimmungen gelten, wenn er die Sache bona fide als Pfand bekommen hat (I. 20. § 80). Gewisse Sachen sind jeder Vindikation entzogen (I. 15. § 42—44): so die vom Fiskus[19]), die in einer öffentlichen Versteigerung oder in den Läden gildemäßiger Kaufleute[20]) erkauften Sachen[21]).

2. Das Östreichische Gesetzbuch hält an dem altdeutschen Prinzip fest für den Fall, daß der Beklagte die Sache bona fide und entgeltlich erworben hat (§ 367): der Eigenthümer kann vom bonae fidei possessor nicht vindiciren, falls dieser die Sache auf onerose Weise von Jemand erworben hat, welchem sie der Eigenthümer anvertraut hat. Allgemein ist die Vindikation ausgeschlossen, also auch von gestohlenen oder verlornen Sachen, wenn sie der Besitzer in einer öffentlichen Versteigerung oder von einem zu diesem Verkehr befugten Gewerbsmann erwarb[22]).

3. Der Code civil und das Badische Gesetzbuch art. 2279 läßt die Vindikation nur bei gestohlenen oder verlornen Sachen

---

[18a]) Eine gekünstelte Erklärung dieses Satzes bei Carlin S. 56 N. 186.

[19]) Ueber das gemeine Recht betreffend die Veräußerung von Seiten des Fiskus vgl. Windscheid § 165 N. 6.

[20]) Vgl. Goldschmidt Ztschr. VIII. S. 280 N. 2.

[21]) Auch bestimmt das Pfand- und Leih-Reglement für die Preuß. Staaten v. 13. März 1787. § 12, daß Personen, welche aus der Verleihung von Kleidungsstücken und andern Effekten ein Gewerbe machen, die von ihnen verliehenen und von dem Entleiher verpfändeten Sachen nicht vindiciren, sondern sich nur an ihren Contrahenten halten dürfen.

[22]) Vgl. noch § 368 darüber, in welchen Fällen mala fides des Erwerbers anzunehmen ist. — Ueber das östr. R. Exner Rechtserwerb durch Tradition. 1867. S. 66 ff.

zu; aber nach art. 2280 muß der vindicirende Eigenthümer sie von dem Besitzer lösen, wenn sie dieser auf einem Markt, in einer Versteigerung oder von einem Kaufmann erworben hat. Wenngleich nach dem Wortlaut von art. 2279 bei nicht gestohlenen oder verlorenen, also bei anvertrauten Sachen jeder Besitzer gegen die Vindikation geschützt erscheint, fordert doch die herrschende Doktrin redlichen Erwerb[23]).

4. Das sächsische Gesetzbuch, welches im allgemeinen das römische Prinzip enthält, verpflichtet doch den Eigenthümer gegenüber einem gutgläubigen Erwerber dann zum Ersatz des Kaufpreises, wenn er die Sache in einer ordnungsmäßigen Auktion oder im Meß- oder Marktverkehr von einer zum Handelsbetriebe damit befugten Person erworben hat (§ 315)[24]).

5. Nach dem Züricher Gesetzbuch § 651 ff. können anvertraute Sachen vom bonae fidei Erwerber nur nach Ersatz des Preises vindicirt werden; in Betreff gestohlener oder sonst verlorener Sachen gilt das gleiche in dem Fall, daß der Erwerber sie in einer öffentlichen Versteigerung oder auf öffentlichen Märkten gekauft hat.

6. Nach dem Basler Gesetz vom 7. März 1864[25]) ist die Vindikation zulässig gegen den malae fidei possessor und gegen den bonae fidei possessor einer gestohlenen Sache. Wenn also der Eigenthümer seine Sache einem Andern anvertraute oder auf andere Weise als durch Diebstahl verlor, unterliegt der gutgläubige Besitzer keiner Vindikation[25a]).

7. Die Wechselordnung art. 74, welche keinen Unterschied macht, ob der Wechselgläubiger seinen Wechsel einem Andern anvertraut oder gegen seinen Willen aus der Detention verloren hat,

---

[23]) Goldschmidt Zeitschr. VIII. S. 284 N. 7. — Vgl. überhaupt Renaud in d. krit. Ztschr. f. Rechtswiss. des Auslandes XVII. S. 140 ff., Mumm in Puchelt's Ztschr. f. franz. R. VII. S. 73 ff., Carlin S. 58 ff. Der Satz des art. 2279: en fait de meubles possession vaut titre ist also einschränkend auszulegen: unter Umständen ist der Besitzer gegen die Vindikation geschützt.

[24]) Ueber Geld und Inhaberpapiere vgl. § 296.

[25]) Bei Goldschmidt Ztschr. IX. S. 127.

[25a]) Ueber die schweiz. Partikularrechte vgl. Franken Gutachten S. 182 ff. und Carlin S. 65 ff.

läßt die Vindikation nur gegen den bösgläubigen Erwerber zu: „wenn er den Wechsel in bösem Glauben erworben hat oder ihm bei der Erwerbung des Wechsels eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt“[26]).

8. Das deutsche Handelsgesetzbuch art. 306 und 308 läßt in Betreff der gestohlenen oder verlorenen Sachen[27]) die partikulären Bestimmungen bestehen, schränkt aber für den Handelsverkehr die Vindikation des anvertrauten Guts ein. Der Eigenthümer darf keine von ihm einem Andern anvertrauten Sachen vindiciren, wenn dieselben von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb veräußert und übergeben worden sind und der jetzige Besitzer sich in bona fide befindet. Das Eigenthum und die Vindikabilität erlischt, wenn das anvertraute Gut einmal Gegenstand eines Handelsgeschäfts gewesen ist, in Folge dessen ein Kaufmann es einem Andern übergeben hat[28]).

9. Das Schweizerische Obligationenrecht art. 205 ff., 227 unterwirft den bösgläubigen Erwerber unbedingt der Vindikation. Vom gutgläubigen Erwerber können nur gestohlene und verlorene Sachen abverlangt werden; doch hat derselbe, wenn er sie in öffentlicher Steigerung, auf einem Markt oder von einem Kaufmann, welcher mit derartigen Waaren handelt, erwarb, auf Ersatz des dafür bezahlten Preises Anspruch.

V. Die actio Publiciana[29]) des Röm. Rechts, wonach wer sich im Usukapionsbesitz befand, d. h. der ehemalige gutgläubige und titulirte Besitzer, die Sache von dem nicht titulirten Besitzer oder von demjenigen, welcher einen weniger guten Besitz, als er selbst hat, herausfordern darf, erfuhr in Deutschland eine weitere Ausdehnung. Die in bestimmten Grenzen von den Römern anerkannte Relativität des Rechtsschutzes wurde über dieselben hinaus theils in der Praxis

---

[26]) Vgl. Goldschmidt Ztschr. VIII. S. 313 ff.

[27]) Daß dies nur Beispiele des unfreiwillig aus der Detention verlornen Guts seien, Goldschmidt Ztschr. IX. S. 13, Erk. d. Reichsger. I. no. 93. — Unterschlagene Sachen sind nicht hieher zu zählen, Seuffert XXXV. no. 57.

[28]) Vgl. oben § 145 gegen den Schluß und Goldschmidt Ztschr. IX. S. 1 ff.

[29]) Vgl. oben § 95 N. 29[a] in Betreff der Immobilien.

des gemeinen Rechts, theils in einzelnen partikulären Gesetzgebungen ausgedehnt[30]). Erleichtert wurde diese Erweiterung dadurch, daß nach deutschem Recht der ehemalige Besitzer von Mobilien, welcher den Besitz gegen seinen Willen verloren hat, gegen jeden dritten Besitzer klagen durfte, und sodann dadurch, daß man in der spätern Praxis der Besitzklage (dem sog. possessorium ordinarium) theilweise einen petitorischen Charakter gab und in dem Verfahren nicht bloß entschied, wer vorläufig den Besitz habe und haben solle, sondern zugleich wer das Recht zum Besitz habe[31]).

Nach den modernen Grundsätzen der actio Publiciana soll der Kläger ohne Rücksicht darauf, ob er sich im Usukapionsbesitz befand oder nicht und ob die Fiktion zulässig ist, daß die Usukapion vollendet und Eigenthum erworben sei, gegen das schwächere Recht geschützt werden, wenn er ein besseres Recht zum Besitz nachweist. Weil die gesammte Grundlage der Klage geändert ist und nicht auf den Usukapionsbesitz, sondern auf das bessere Recht gestützt wird, ist die actio Publiciana nach neuerem Recht auch bei an sich nicht usukapionsfähigen Sachen, insbesondere bei Sachen zulässig, welche einmal früher gestohlen oder verloren waren[32]).

Solche Erweiterungen der Publiciana sind in mehreren neueren

---

[30]) Die Ansichten, welche Delbrück die dingliche Klage des deutschen Rechts 1857 über die Geschichte der Publiciana und über die Natur der deutschen dinglichen Klage aufgestellt hat, haben zahlreichen Widerspruch erfahren; eine Recension der gegen ihn, theilweise auch für ihn sich erklärenden Literatur giebt Delbrück in Ihering's Jahrbb. X. S. 110 ff. Seine Ansicht hat Billigung bei Ziebarth Realexekution 1866. S. 257 ff., 280 ff. gefunden. Gegen ihn vgl. besonders Bruns in Bekker's Jahrbuch IV. S. 1—109, Besitzklagen S. 212 ff., Förster III. § 164 N. 10 ff., v. Brünneck in Gruchot's Beiträgen XI. 1867. S. 840—874, Heusler Gewere S. 305 f. Weitere Literatur über den Streit bei Windscheid § 162 N. 11, Förster III. § 164 N. 10.

Ueber die a. Publiciana des Preuß. Rechts Förster III. § 164, Dernburg I. § 157, 249.

Sie führt im österreichischen Recht den Namen „ordentliche Besitzklage", Unger II. S. 366 N. 2, im Zürich. GB. § 516 „dingliche Besitzrechtsklage." — Unger in Ihering's Jahrbb. X. S. 11 N. 12 empfiehlt den Namen „dingliche Näherrechtsklage", welcher aber zu Verwechslungen führen würde.

[31]) Vgl. oben § 77. 3, 4.

[32]) Delbrück dingliche Klage S. 326 f.

Gesetzbüchern anerkannt. Das baier. Landr. II. 2. § 9 erklärt, daß wer ein Gut einmal rechtmäßiger Weise inne gehabt hat, dasselbe von demjenigen vindiciren darf, welcher nicht ein gleiches oder besseres Recht zu beweisen vermag; der Kläger habe nur seinen früheren rechtmäßigen Besitz zu erweisen[33]).

Ebenso verlangt das Preuß. Landrecht nicht titulirten redlichen Besitz zur Klage, sondern verspricht allgemein demjenigen den Sieg, welcher ein besseres Recht zum Besitz nachweisen kann (I. 7. § 161). Der unredliche Besitzer muß immer dem redlichen Besitzer weichen (I. 7. § 178); auch der bloße Detentor kann gegen denjenigen klagen, welcher gar kein Recht auf den Besitz hat (I. 7. § 162 ff.). Der unvollständige Besitzer, d. h. derjenige, welcher mit dem animus sibi habendi besitzt, kann gegen Jeden auf Wiederherstellung seines Besitzes klagen und weicht nur demjenigen, welcher ein besseres Recht ausführt (I. 7. § 170 ff.). Der vollständige Besitzer weicht nur dem wahren Eigenthümer und hat gegen alle andern Personen die Rechte des Eigenthums (I. 7. § 175, 176). Beweist der Kläger, daß die Sache seinem rechtmäßigen Besitz ohne seinen Willen entkam, so muß der beklagte Besitzer seinen Besitztitel angeben (I. 15. § 34, vgl. auch I. 7. § 184)[34]).

Nach dem Züricher Gesetzbuch (§ 516—519) dient die Publiciana auch zum petitorischen Schutz nicht bloß des Eigenthumsbesitzes, sondern auch des Besitzes anderer Rechte. Das Östreichische (art. 372 u. 373), das Baden'sche (art. 544ᵉ) und das Sächs. Gesetzbuch (§ 325—327) reproduciren im allgemeinen die gemeinrechtlichen Grundsätze[35]).

Anmerkung.

Delbrück behauptet, es habe sich im ältern deutschen Recht der Streit um das Eigenthum in einen Streit um das bessere Recht verwandelt; Kläger habe nur ein besseres Recht erstritten, als der Beklagte habe. Diese Annahme

---

[33]) Roth § 151 geht auf die betreffenden Fragen nicht näher ein.

[34]) Ueber die Entstehung und Auslegung dieser Sätze vgl. Delbrück S. 232 ff. und in Ihering's Jahrbb. X. S. 168 ff., wo auch S. 169 N. 74 zahlreiche Literatur angegeben ist, aber auch Förster III. § 164.

[35]) Eine Kritik der Bestimmungen der neueren Gesetzbücher nach dem Maßstabe des gemeinen Rechts bei Huschke das Recht der Publicianischen Klage. Stuttg. 1874. S. 121—125.

ist nicht begründet. In der That behauptet der Kläger, welcher aus dem Besitz einer Mobilie gekommen ist, dem Dritten gegenüber nicht ein besseres Recht, als der Beklagte in Anspruch nehme. Es wird überhaupt gar nicht über das Recht der beiden an der Sache erkannt, sondern der Kläger fundirt seine Klage darauf, daß er ungerechtfertigt und wider seinen Willen den Besitz verloren habe; vgl. oben § 146 N. 8 ff. und Laband S. 106 f., 123. Und beim Streit um Immobilien nahm der Kläger nicht unbestimmt ein besseres Recht zum Besitz in Anspruch, sondern behauptete Eigenthum, Lehnrecht, Pfandrecht u. s. w. und begründete aus den Verhältnissen des konkreten Falls heraus, warum der Beklagte ihm das Grundstück herausgeben müsse, Laband S. 172.

So sind denn auch die drei Regeln, welche nach Delbrück (S. 85) im spätern Recht gelten sollen, aus den Quellen nicht bewiesen: 1. der ältere Besitz geht dem jüngern vor, 2. das bessere Recht geht dem ältern Besitz vor, 3. bei gleichem Alter oder Recht geht der gegenwärtige Besitz vor. Delbrück behauptet, daß im deutschen Recht eine Klage aus dem ältern Besitz als Universalklage sowohl zum Schutz des Eigenthums als des Besitzes gedient habe. Diese Klage sei keine possessorische, sondern eine petitorische gewesen, aber in der Literatur doch vielfach als possessorisch behandelt worden. Andererseits habe sich die Spolienklage zu einer Klage gegen den dritten Besitzer gestaltet, bei welcher der Kläger nicht die Spoliation, sondern lediglich zu erweisen gehabt habe, daß er früher einmal besessen habe.

Durchaus verunglückt ist der Versuch, die Existenz der dinglichen Klage aus dem ältern Besitz für das deutsche Recht späterer Zeit nachzuweisen. Der Verf. stützt sich S. 206 ff. besonders auf die Carolina art. 208:

> Bewise aber eyn kleger inn obgemeltem fall der ansprüchigen hab halben, die eygenschafft genugsam und kündt doch dabei nit beweisen, daß jm die durch raub oder diebstall, entwent worden wer, unnd die antwurter möchten dargegen zu recht gnug nit darbringen, daß die selbig kriegisch habe, mit gutem rechtmeßigem tittel, von dem kleger bracht und an sie kommen wer, so soll dem kleger auff sein beteurung mit dem eyde (daß jm solche gütter geraubt oder gestolen worden seien) geglaubt werden, und jm dieselben abermals inn maßen, als obsteht, darauff volgen.

In der unzweideutigsten Weise ist es die Eigenthumsklage, von welcher die Karolina handelt, und man darf unmöglich eine Stelle, welche von dem Eigenthumsbeweis redet, dahin interpretiren, daß auch der Beweis des früheren Besitzes genügt habe, indem die vielfach verfochtene Präsumtion eingetreten sei, daß der ehemalige Besitzer das Eigenthum gehabt habe. Und wenn man auch dem Verf. zugeben kann, daß der Eigenthumsbeweis nicht in der strengen Weise des Röm. Rechts zu führen war, so ist doch jedenfalls das Fundament der Klage nicht der ältere Besitz, sondern Eigenthum oder ein sonstiges Recht.

Wenn sich dann der Verf. (S. 221 ff.) auf das Lübische Recht beruft, so enthält dasselbe nicht eine Klage aus dem ältern Besitz an sich, sondern nur für den Fall, daß der Kläger zugleich unfreiwilligen Verlust des Besitzes behauptet. Und ebenso steht es auch mit den weitern beigebrachten Stellen.

Nur für die in diesem Paragraphen besprochenen Partikularrechte N. 33 ff. ist es richtig, daß sie das Prinzip der Relativität, wie es von einzelnen Autoritäten der Praxis gelehrt wurde, zum gesetzlichen Recht erhoben haben.

Dagegen ist für das gemeine Recht Delbrück's Ansicht bestimmt zu verwerfen, daß aus dem ehemaligen (juristischen) Besitz cum animo domini[36]) in Verbindung mit bona fides[37]) eine petitorische Klage gegenüber dem dritten Besitzer Bestand habe. — Auch ist legislatorisch die Klage des ältern Besitzers gar nicht zu empfehlen, Bruns in Bekker's Jahrb. IV. S. 5 ff.

Ziebarth S. 280 ff. ist der Ansicht, daß es eine Publiciana, die Klage aus dem titulirten Besitz, nicht mehr gebe, sondern daß sie mit der Klage aus dem redlichen Besitz, welche er statt der Delbrück'schen Klage aus dem ältern Besitz annimmt, zusammengeflossen sei.

Zweites Kapitel. Der Erwerb des Eigenthums.

§ 148. Eigenthumserwerb auf Grund eines Veräußerungsgeschäfts.

Das deutsche Recht bietet nur geringe Veranlassung, um über den derivativen Eigenthumserwerb besondere Grundsätze aufzustellen und im Gegensatz gegen das römische Recht zu verfolgen. Auch hier gilt der Satz, daß Eigenthum erworben wird durch Tradition mit der Absicht des veräußernden Eigenthümers Eigenthum zu übertragen und des Erwerbers es zu erlangen[1]). Doch ist es unter bestimmten Voraussetzungen möglich, daß auch durch Tradition von Seiten eines Nicht-Eigenthümers Eigenthum erworben wird[2]). — Wegen des Erwerbs durch Tradition an Stellvertreter verweise ich

---

[36]) S. 284; der animus domini wird hier ganz besonders betont, während man nach den früheren Abschnitten auch die Berechtigung des Detentor hätte erwarten sollen.

[37]) S. 287; man vermißt die Erklärung, warum hier plötzlich das Erforderniß der bona fides aufgestellt wird. Nachträglich versuchte Delbrück in Ihering's Jahrbb. X. S. 129 ff. dies Erforderniß zu rechtfertigen.

[1]) Vgl. auch Preuß. Lbr. I. 10. § 1, I. 9. § 3 u. 6, I. 7. § 58, Schweiz. Obl. R. art. 199.

[2]) Vgl. darüber § 145.

auf das Pandektenrecht; die im Handelsverkehr geltenden Sätze über Tradition und über den Uebergang von Besitz und Eigenthum durch Vermittlung von Connossement, Frachtbrief u. s. w. gehören in die Darstellung des Handelsrechts[3]).

1. In Uebereinstimmung mit dem Röm. Recht fordern die neueren Partikularrechte für den Erwerb des Eigenthums die Tradition, und nur das französische Recht läßt das Eigenthum bereits in Folge des auf den Eigenthumsübergang gerichteten Veräußerungsvertrages übergehen[4]). Was die Tradition angeht, so steht derselben

---

[3]) Vgl. darüber besonders Goldschmidt Handbuch I. (1. Ausg.) S. 649 bis 794, S. 802—811, Thöl I. § 270, 271, v. d. Leyen in Goldschmidt's Ztschr. XVI. S. 86—113, Sohm daselbst XVII. S. 18 ff., Fitting XVIII. S. 333 —345; Entscheid. d. ROH. Ger. XI. S. 413 ff. — Jetzt auch Schweiz. Obl. R. art. 209.

[4]) Code civil art. 1138, 1583, 711, 938, 1703. — Der französische Satz erfährt aber mannigfache Einschränkungen, Zachariä I. § 180, Renaud in d. Ztschr. f. Rechtswiss. u. Gesetzgebung des Auslandes XVII. S. 213 ff., vgl. auch Goldschmidt Handb. I. S. 804 f., besonders in der Richtung, daß wenn ein Eigenthümer dieselbe Sache mehrmals veräußert, derjenige im Fall seiner bona fides das Eigenthum erwirbt, welcher in den thatsächlichen Besitz gesetzt wird, auch wenn er später den Veräußerungsvertrag mit dem Eigenthümer einging. — Für das französische System de lege ferenda Kohler in Ihering's Jahrbb. XVII. S. 320 ff. — Ebenso hatte sich der Entwurf des Schweiz. Obl. R. v. 1876 art. 202 demselben anschließen wollen: „Ein Rechtsgeschäft, das auf die Uebertragung von Eigenthum an bestimmten beweglichen Sachen gerichtet ist, überträgt das Eigenthum sofort, ohne daß die Uebergabe der Sache oder die Bezahlung des Preises erforderlich ist". Aber der Entwurf v. J. 1879 art. 217 und das Obl. Recht selbst art. 199 entscheiden sich für das römische Prinzip: „Soll in Folge eines Vertrages Eigenthum an beweglichen Sachen übertragen werden, so ist Besitzübergabe erforderlich." — Der 14. deutsche Juristentag hat gleichfalls sich dafür ausgesprochen, „daß das Eigenthum nicht schon durch Vertrag, sondern erst durch Tradition erworben wird", Vhdlgn des 14. Jur. T. 1878. I. 1. S. 113 ff., I. 2. S. 56 ff., 163 ff., II. S. 26 ff., 243 ff.

Sohm Eheschließung 1875. S. 80 ff. behauptet, daß der französische Grundsatz deutschen Ursprungs sei, hat dies aber für das ältere Recht nur in Betreff der Immobilien zu erweisen versucht und gesteht zu, daß der Vertrag um bewegliches Gut „andere, nämlich schwächere Wirkungen gegen Dritte hat, als der Vertrag um unbewegliches Gut." — Daß im Fall mehrfachen Verkaufs derselben Mobilie der erste Käufer vorgehe, sagt, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob die Sache übergeben ist oder nicht, das Hamb. Stadtr. v. 1270. I. 7, Wiener Stdr. (Schuster) art. 65. Vgl. auch Löning Vertragsbruch S. 389 ff. und für das

gleich die Uebertragung vermittelst constitutum possessorium oder traditio brevi manu[5]). Durch Zulassung des constitutum possessorium nähert man sich dem französischen System und benimmt dem Erforderniß der Tradition seine volle Bedeutung: es soll auch ohne Besitzübertragung, wenn die Parteien dies beabsichtigen, also wenn der Veräußerer den Erwerber im Besitz vertreten will, das Eigenthum übergehen. — Es bedarf nicht überall der körperlichen Uebergabe, sondern, wie dies das Römische Recht auch anerkennt, genügt es, wenn der Veräußerer den Erwerber in die Möglichkeit versetzt, die physische Herrschaft über die Sache unmittelbar auszu-

---

nordische Recht v. Brünneck Reluitionsklagen 1873. S. 10 ff., v. Amira nordgermanisches Obl. R. I. S. 555 ff.

[5]) Nach einer Bremer VO. (in Betr. des Uebergangs des Eigenthums an bewegl. Sachen) v. 25. Aug. 1848. § 4b soll Eigenthum nur durch reelle Tradition übergehen und die Verabredung unwirksam sein, „daß der Erwerber den veräußerten Gegenstand für den Veräußerer oder dieser denselben für den Erwerber besitzen soll (constitutum possessorium)." Weiter Oldenb. G. v. 3. Apr. 1876 art. 32: „die Veräußerung einer beweglichen Sache unter der Verabredung, daß der Veräußerer sie fortan für den Erwerber inne haben solle (constitutum possessorium), hat Dritten gegenüber keine Wirksamkeit." Berner Civ. GB. art. 432: für den Fall des c. poss. „behalten jedoch die Gläubiger des Uebergebers das Recht, wenn derselbe in einen Geldstag fällt, die von ihm auf diese Weise übergebenen Sachen zur Masse zu ziehen." Eine Einschränkung führt auch das Schweizer Obl. R. art. 202 ein: „Ausnahmsweise kann der Veräußerer auch an einer Sache, welche er in Händen behält, den Besitz auf den Erwerber übertragen, wenn dieselbe infolge eines besonderen Rechtsverhältnisses, wie z. B. eines Miethvertrages, noch in seinem Gewahrsam zurückbleiben soll. Eine solche Besitzübertragung ist Dritten gegenüber unwirksam, falls eine Benachtheiligung derselben beabsichtigt wurde."

Bestritten ist es, ob das constitutum possessorium im Fall des Hand. GB. art. 306 (vgl. oben S. 610), wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer ist, ausreicht, um den Erwerber zum Eigenthümer zu machen; im Gesetz heißt es: „veräußert und übergeben." Thöl § 234 N. 5 sagt: „Auf die Art, wie die Uebergabe stattfindet, ob durch c. poss. oder auf andere Art, kommt nichts an. Der bloße Wille hat dieselbe Wirkung wie die Komödie des Hingebens und sofortigen Zurückgebens." Dagegen — m. E. mit Recht —, daß die Sachen in den körperlichen Besitz des andern Theils übergegangen sein müssen, Goldschmidt Handbuch § 80 N. 13, 14, v. Hahn Commentar, zu art. 306, § 4 (3. Aufl. S. 143), Fitting in Goldschm. Ztschr. XVIII. S. 334 ff., Endemann in s. Handb. II. § 174 N. 21, 22.

üben, so z. B. genügt die Aushändigung der Schlüssel, um die in einem verschlossenen Behälter befindlichen Sachen zu übergeben[6]). Fälle, in denen die Tradition sich hierauf beschränkt, bezeichnen einzelne Gesetze und die ältere Literatur als symbolische Uebergabe[6a]), als Uebergabe durch Zeichen[7]); daß dabei die deutschen Grundsätze von einer symbolischen Tradition von Grundstücken eingewirkt hätten, ist nicht wahrscheinlich[8]).

Eine symbolische Tradition darf man auch nicht in dem Zeichnen der Sache finden, welche Gegenstand eines Veräußerungsgeschäfts ist; vielmehr kommt es auf die Intention an, in welcher diese Zeichnung im konkreten Falle erfolgte. Regelmäßig wird nur beabsichtigt sein, die Identität des Objekts festzustellen, um Verwechslungen zu verhüten, und eine Besitzübergabe nur anzunehmen sein, wenn zugleich die Möglichkeit der thatsächlichen Einwirkung auf die Sache besteht[9]).

---

[6]) Purgoldt III. 24, Preuß. Landr. I. 7. § 65, vgl. dazu Förster III. § 160 N. 60 ff., Emminghaus S. 549 N. 21. — Uebergabe der Schlüssel in der Nähe des Behältnisses gilt als wirkliche Tradition, Sächs. GB. § 199, Schmidt I. S. 162. — Code civ. art. 1606, Goldschmidt Handb. I. S. 638 N. 2. — Daß es nicht darauf ankomme, daß die Schlüssel in der Nähe des Behältnisses übergeben werden, Ihering IX. S. 180, Dernburg I § 152 N. 6.

[6a]) Endemann Handb. II. § 169 N. 16 wirft mir vor, ich verwechselte symbolische Tradition und c. possessorium; ich weiß nicht, worauf er diesen Vorwurf stützt.

[7]) Vgl. darüber Goldschmidt Handb. I. S. 638 ff., auch S. 719, 803 N. 3, Laband in Goldschmidt's Ztschr. IX. S. 240 ff. — Baier. Ldr. II. 3. § 7. no. 6, II. 5. § 6. no. 8. — Preuß. Ldr. I. 7. § 61 ff. (vgl. darüber Förster III. § 160 N. 60 ff., daß das Preuß. Recht eigentlich auch keine symbolische Tradition enthalte). — Oestr. GB. § 427: Uebergabe durch Zeichen bei solchen Sachen, welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Uebergabe zulassen (daß auch das östr. Recht eigentlich keine symbolische Tradition kenne Randa Besitz S. 347 ff.). — Berner Civ. GB. art. 431.

Insbesondere ist die Uebergabe der Schlüssel keine symbolische Tradition, denn sie sind kein Symbol der zu tradirenden Sachen, sondern geben dem Empfänger die Möglichkeit, sich selbst in den Besitz der Sache zu setzen.

Ueber die irrige Annahme einer symbolischen Uebergabe von Bäumen durch Anschlag mit dem Forsthammer vgl. oben § 79 N. 13.

[8]) An Mobilien ist, soweit mir bekannt, eine symbolische Tradition im ältern Recht nicht gebräuchlich gewesen; vgl. auch Exner Rechtserwerb durch Tradition. 1867. S. 161 ff.

[9]) Preuß. Ldr. I. 7. § 120, 121, I. 20. § 356, vgl. auch Zür. GB. § 649.

Wegen der Schwierigkeit, die Tradition thatsächlich zu vollziehen, besteht in Betreff von Schiffen oder Schiffsparten die allgemeine Ausnahme, daß an ihnen das Eigenthum auch ohne Tradition durch bloßen Vertrag erworben werden kann[10]).

2. Während nach Röm. Recht der Käufer Eigenthum an der übergebenen Waare nur erwirbt, wenn er den Kaufpreis baar erlegt oder kreditirt erhalten hat, lassen neuere Partikularrechte das Eigenthum auch ohne Rücksicht darauf übergehen[11]). Doch ist das Recht

— Das Oestr. GB. § 427 nimmt eine Tradition an, „wenn man mit der Sache ein Merkmal verbindet, woraus Jedermann deutlich erkennen kann, daß die Sache einem Andern überlassen worden ist."

Windscheid § 154 N. 1, Thöl Handelsr. § 267, Endemann Handelsr. § 19. IV, Dietzel in Bekker's Jahrbb. IV. S. 272 f., 285 ff., 291 f., Exner S. 171 ff., Goldschmidt Handb. I. S. 559 f., 644 ff., (2. Aufl. II. S. 50 f.), Randa Besitz § 11 N. 53, Luzerner Erk. (Ztschr. f. schweiz. R. XXIII. S. 178 ff.). — Dagegen will Homeyer Haus- und Hofmarken 1870. S. 330 ff. präsumiren, daß das Zeichnen der Sache geschehe, ut traditum habeatur. Indessen möchte ich zu seinen Worten S. 332, daß der Zeichnende durch das Zeichen den Willen ausdrücke, „die Sache zu haben", hinzufügen „oder künftig zu erhalten." — Ueber das Zeichnen der Waare zur Befestigung des Vertrages v. Amira Oblig. R. I. S. 329 f.

[10]) Preuß. Ldr. II. 8. § 1396: in dubio sei anzunehmen, „daß die Uebergabe durch Vollziehung des Contracts geschehen sei"; Handels-G.B. art. 439: die Contrahenten können vereinbaren, daß das Eigenthum auf den Erwerber sofort übergehen soll, Goldschmidt Handb. I. S. 805 ff., Lewis in Endemann's Handb. IV. S. 37 ff., Entsch. d. ROH. Gerichts IV. no. 61.

[11]) An das gemeine Recht schließt sich C. Max. Bav. IV. 3. § 10. no. 6 an; nach Preuß. Landr. I. 11. § 224 gilt trotz Verabredung der Baarzahlung das Kaufgeld als kreditirt, wenn wegen Nichtzahlung binnen acht Tagen nach der Uebergabe keine Klage angestellt wird, ähnlich Zürich. GB. § 1442; vgl. aber auch § 1454. — Den im Text ausgesprochenen Satz enthält: Oestr. GB. § 1063, Sächs. GB. § 1094, Würtemb. Ges. v. 1828 (Reyscher II. § 287 N. 9), Sachs. Weimar'sches Ges. v. 6. Mai 1839. § 60: „Auch hängt der Uebergang des Eigenthums an verkauften und übergebenen beweglichen Gegenständen von der Bezahlung oder Stundung des Kaufgeldes nicht ab"; Oldenb. G. v. 3. Apr. 1876: „Das Eigenthum an verkauften beweglichen Sachen geht mit der Uebergabe derselben auch dann auf den Käufer über, wenn die Zahlung ohne gestundet zu sein, unterblieben ist." — Die in N. 5 angef. Bremer VO. § 1. — Anhaltinisches Ges. v. 13. Apr. 1870. § 4: „das Eigenthum an verkauften beweglichen Sachen geht mit der Uebergabe auch bei unterbleibender Zahlung auf den Käufer über, mag der Kaufpreis gestundet sein oder nicht." Natürlich gilt dasselbe auch nach französischem Recht, vgl. N. 4. — Vgl. auch Seuffert XXXVII. no. 194.

des nicht bezahlten Verkäufers partikulär durch das sog. Verfolgungsrecht gesichert, indem er im Konkurs seines Käufers die nicht bezahlte Sache so herausverlangen darf, als ob sie noch gar nicht in dessen Eigenthum übergegangen wäre[12]).

§ 149. Der Eigenthumserwerb an herrenlosen Sachen.

Was die originären Erwerbsarten betrifft, so wird wegen derselben im allgemeinen auf das Pandektenrecht verwiesen, so insbesondere in Betreff der Specifikation[1]), Commixtio[2]), Adjunktio, des Erwerbes durch Accession[3]) u. s. w. Einzelne Erwerbsgründe erfordern vom Standpunkt des deutschen und partikulären Rechts aus eine eingehendere Darstellung. In Bezug auf herrenlose Sachen sind zwei allgemeine Bemerkungen voranzuschicken: 1. in Folge der Ausbildung von Vorrechten des Fiskus stehen demselben auch hier gewisse Vorzugsrechte zu und 2. das römische Prinzip, wonach an herrenlosen Sachen Eigenthum durch einfache Okkupation erworben wird, gilt nicht allgemein, sondern es wird in mehreren Fällen der Eigen-

---

[12]) Vgl. darüber Goldschmidt Handb. I. S. 855 ff., Lewis a. a. O. S. 197 f., Entsch. d. ROH. Gerichts X. S. 75 ff.

[1]) Ueber das Recht des Mittelalters vgl. Stobbe Beiträge z. Gesch. d. deutschen Rechts S. 78 f. und Richtst. Ldr. 17, § 3, 4. — Die neueren Partikularrechte lassen den Spezifikanten auch dann Eigenthümer werden, wenn das Fabrikat auf seine natürliche Gestalt zurückgeführt werden kann, Preuß. Ldr. I. 9. § 304, Sächs. GB. § 246 (Schmidt I. S. 198 f.). — C. civ. 570, 571: der Arbeiter wird nur dann Eigenthümer, wenn die Arbeit in ihrem Preise weit über den Werth des Materials zu taxiren ist; auf die Möglichkeit, die Sache auf ihre ursprüngliche Gestalt zurückzuführen, kommt es gleichfalls nicht an. Dagegen enthält den gemeinrechtlichen Gesichtspunkt das Oestr. GB. § 415; vgl. aber auch v. Kirchstetter zu diesem §. — Vgl. auch noch Klostermann geistiges Eigenthum I. 1867. S. 416 ff.

[2]) Ueber das abweichende Preuß. R. Dernburg I. § 235. 2.

[3]) Ueber das Errichten eines Gebäudes auf fremdem Grunde und das Verbauen fremder Materialien vgl. Stobbe Beiträge S. 62—65, Förster III. § 176 N. 31 ff., Dernburg I. § 236, Roth B. II. § 168 ff. — Nur vereinzelt steht die aus strafrechtlichem Gesichtspunkt hervorgegangene Bestimmung des Weisthums bei Grimm V. S. 555. § 8, daß wer gestohlenes Holz verbaut, sich binnen Jahr und Tag das Herausnehmen desselben aus dem Bau gefallen lassen muß.

thumserwerb davon abhängig gemacht, daß der betreffenden Person das Occupationsrecht zur Seite steht. Nur wer ein Recht hat, die Sache zu occupiren, wird durch die Occupation Eigenthümer.

I. Gefundene Sachen.

Während nach Römischem Recht an gefundenen Sachen kein Eigenthumserwerb durch den Finder erfolgt, da sie nicht als herrenlos gelten, kann nach deutschem Recht der Finder Eigenthum erwerben, wenn er seinen Fund der Obrigkeit angezeigt hat und ein öffentliches Aufgebot erfolgt ist, ohne daß auf dasselbe hin der Verlierer sein Recht an ihnen reklamirte[4]).

Finder ist, wer eine fremde bewegliche Sache, welche er den Umständen nach als von dem früheren Besitzer verloren[4a]) oder aufgegeben[5]) betrachten kann, antrifft und ergreift. Nach deutschem Recht ist der Finder verpflichtet, den Fund der Obrigkeit bekannt zu machen[6]), widrigenfalls er in eine Strafe verfällt[7]). Meldet sich

---

[4]) Delbrück vom Finden verlorner Sachen, in v. Ihering's Jahrbb. III. S. 1—57; diese in dogmengeschichtlicher Beziehung vortreffliche Arbeit ist in Rücksicht auf das ältere deutsche Recht mancher Ergänzung fähig. In letzterer Beziehung vgl. Laband vermögensrechtliche Klagen S. 73 f., 75 f., 130 ff. mit Bezug auf zugelaufenes Vieh, gefundene und Dieben oder Räubern abgejagte Sachen und für Schweden v. Amira nordgerm. Obl. R. I. S. 252 f. — Schütze zur Lehre von dem sog. Fundbiebstahl und der Unterschlagung, im Arch. f. prakt. Rechtswissenschaft N. F. II. (1865) S. 155—186, 292—308, 344—379. Gimmerthal vom Finden verlorner, derelinquirter und herrenloser Sachen, im Arch. f. civ. Pr. LII. (1869) S. 521—551.

[4a]) Ueber den Begriff der verlornen Sache Schütze S. 156 ff. — Falls nicht entgegenstehende Bestimmungen durch Gesetz getroffen sind, unterliegen auch die im Wartesaal einer Eisenbahn gefundenen Sachen den allgemeinen Grundsätzen. Anderer Ansicht in Betreff ihrer und der in einem Eisenbahnwagen zurückgebliebenen Sache König Bern. Civilgesetze II. S. 156, 159 f.; die Grundsätze, welche die Schweizer Praxis für die in Gasthäusern zurückgebliebenen Sachen befolgt a. a. O. S. 156 ff.

[5]) Man kann auch Sachen finden, welche der Besitzer irgendwo liegen läßt, um sie später zu holen; in diesem Fall verliert derselbe seinen Besitz erst durch das Finden eines Andern; vgl. Delbrück S. 22, 24; es können also auch Sachen gefunden werden, welche nicht im eigentlichen Sinne verloren sind.

[6]) So schon nach den Volksrechten, Kraut § 77. no. 35, 36, Ed. Roth. 343. — Sachsensp. II. 37, Rechtsb. n. Dist. IV. 9. d. 5, Bremer R. v. 1303. Ord. 75 (Oelrichs S. 109), Blume v. Magdeb. II. 87 u. s. w.: er soll das

auf das von der Obrigkeit erlassene Aufgebot der Eigenthümer oder sonst Berechtigte, so hat ihm der Finder die Sache gegen Ersatz der gehabten Unkosten herauszugeben. Erst nach den Quellen des spätern Mittelalters hat der Finder Anspruch auf ein Fundgeld[8]). Meldet sich aber binnen bestimmter Zeit (besonders sechs Wochen) Niemand, so wird nach manchen Rechten dem Finder[9]) oder ihm und der Obrigkeit zusammen[10]) das Eigenthum an der gefundenen Sache zugesprochen. Sehr verbreitet waren Bestimmungen, wonach die ganze Sache dem König, den königlichen Beamten, der Obrigkeit, dem Richter, der Gemeinde, der Gerichts-, Vogtei-, Grundherrschaft oder milden Anstalten zufallen soll[11]).

Gut aufbieten vor der Gemeinde und zur Kirche; Dortmunder Urtheil c. 1240 (Frensdorff S. 190): debet in ecclesiis pronunciari. Görl. Ldr. 47: er soll es offenbar halten.

[7]) Wir übergehen hier die strafrechtliche Seite, vgl. darüber Haubold opuscula II. p. 55 f., Cropp Diebstahl (in Hudtwalcker's und Trummer's kriminalist. Beiträgen) II. S. 45 ff. — Purgoldt III. 72, 106, Nürnb. Ref. v. 1522. XXXII. 2. a. E., v. 1564. XXV. 2, Deutsches Strafges. B. § 246.

[8]) Bloß vom Erlegen der Unkosten, resp. einfach der Verpflichtung zur Herausgabe spricht Grimm Weisth. II. S. 53 a. E., Westerwolder Landr. V. § 9 (v. Richthofen Fries. Rechtsqu. S. 265). — Nach dem Schwabensp. 347 wird ein Fundgeld nur aus freiem Willen gegeben; Görl. Ldr. 47. § 10[a b]: meldet sich der Eigenthümer binnen sechs Wochen, so wird ihm einfach die Sache herausgegeben; kommt er später, so sol der dritte teil des vinderis sin. Weitere Stellen für das Fundgeld bei Delbrück S. 12.

[9]) Westerwolder Landr. V. § 10 (v. Richthofen S. 265), Weisth. von Hoechen § 9 (Grimm V. S. 698), Mährisches Weisth. vom Jahre 1604. § 51 (Chlumecky S. 61); nur wenn die Sache von geringerem Werth ist, unter 5 Schillingen, Grimm Weisth. II. S. 29, 47, 48.

[10]) Zwei Drittel der Obrigkeit, ein Drittel dem Finder, Sachsensp. II. 37. § 3; ein Drittel dem Finder, ein Drittel dem Richter, ein Drittel der Stadt, Lüb. R. (Hach) I. 86, II. 80; Laband S. 75 N. 9.

[11]) Schwabensp. 347[b]: halb an das Reich, halb an ein Gotteshaus. — Dortmund. Schiedsspruch c. 1240 (Frensdorff S. 191): ein herrenlos gefundenes Pferd oder Hausthier ist in der Kirche aufzubieten und fällt nach sechs Wochen an den Grafen von Dortmund. — Bremer Statt. v. 1303. Ord. 118 (Oelrichs S. 196), v. 1428. I. c. 25 (S. 334): nach zweimal Jahr und Tag erhält die Sache de coninglike wolt, mer de it vunden heft, dem scal men arbeideslon gheven. — Baier. Bestimmung bei v. d. Pfordten Studien zum Oberbayer. Stadt- und Landr. S. 332. art. 5. — Ldr. v. Emmenthal vom

Aehnliche Grundsätze gelten nach den neueren Partikularrechten[12]), nur daß allgemeiner der Eigenthumserwerb zu Gunsten des Finders eintritt. Der Finder, welcher die Sache an sich nimmt, hat sie als negotiorum gestor sorgfältig aufzubewahren[13]) und binnen kurzer Zeit den Fund der Obrigkeit oder öffentlich bekannt zu machen[14]); unterläßt er dies, so wird er dem Verlierer gegenüber als malae fidei possessor angesehen. Unter Ansetzung einer Präklusivfrist fordert die Obrigkeit den Eigenthümer oder sonst berechtigten früheren Besitzer auf, seine Ansprüche an der Sache geltend zu machen. Meldet sich derselbe, so ist ihm die Sache gegen Ersatz der Unkosten und ein in den Partikularrechten verschieden bestimmtes Fundgeld herauszugeben[15]).

Meldet sich aber kein Berechtigter, so herrscht, abweichend vom

---

J. 1650. c. 7 (Ztschr. f. schweiz. R. IX. 2. S. 208). — Rigisches R. f. Hapsal art. 50 und R. v. Hapsal art. 49: es fällt an den Rath. — Nordisches Recht bei Delbrück S. 10. Zugelaufenes Vieh verfällt der Obrigkeit, Ldr. v. Hadeln II. 23 (Pufendorf I. p. 25), R. des Alten Landes (Arch. des Vereins zu Stade IX. 1881. S. 126, 136. no. 25); die Sache verfällt der Gemeinde, wenn sie auf Gemeindegrund gefunden wird, Grimm II. S. 47.

Anfall an die Gerichts- oder Gutsherrschaft oder den Vogt, Kraut § 72. no. 2, § 78. no. 42, 43, Grimm Weisth. II. S. 14, 29. § 1, 33 f., 42, 47, 48, 49, 53, 55, 74, 75. V. S. 153. § 47, 494. § 8, 679. § 20, 686. § 22, 708. § 11, VI. 450. § 8, 693. § 8.

[12]) Preuß. Landr. I. 9. § 19—73, Oestr. GB. § 388—394, Sächs. GB. § 239—243, Zür. GB. § 626—630, Coburg'sches Ges. v. 1834 (Heimbach § 182 N. 5).

[13]) Nach einzelnen Rechten hat er die Sache der Obrigkeit zur Verwahrung anzubieten; doch kann der Richter ihm die Verwahrung übertragen, Preuß. Ldr. I. 9. § 23—26; vgl. auch Oestr. GB. § 390.

[14]) Nürnb. Ref. 1564. XXV. 2: auf der Kanzel verkündigen.

[15]) Ueber dies neuere Fundgeld vgl. Delbrück S. 34 N. 13; wo es an Bestimmungen fehlt, wird es arbiträr vom Richter festgesetzt. Detaillirte Vorschriften Preuß. Landr. I. 9. § 62 ff.; nicht über 10 Procent Bern. GB. § 421. — Nach Sachsensp. II. 37. § 2 soll, wenn es sich um Dieben oder Räubern abgejagte Sachen handelt, der Finder nur in dem Falle den dritten Theil des Werths erhalten, wenn der Berechtigte einem andern Gerichtsbezirk angehört. Dies galt auch noch nach neuerem Sächs. Recht (Haubold § 182, Heimbach § 182); erst das Sächs. GB. § 242 hat andere Bestimmungen getroffen und dem Finder das Fundgeld ohne Rücksicht auf seine Gerichtsangehörigkeit zuerkannt.

römischen und ältern deutschen Recht[16]), die Richtung vor, dem Finder die Sache ganz oder theilweise zu Eigenthum zuzusprechen. Nach dem östreichischen Gesetzbuch und einigen andern Partikularrechten befindet sich jetzt der Finder in conditione usucapiendi[17]); nach Preußischem Recht erhält er sein Eigenthum vom Richter zugeschlagen[18]); nach weiteren Partikularrechten gilt jetzt die Sache als herrenlos und wird sie auf Grund des Gesetzes ohne weitere Vermittlung Eigenthum des Finders[19]). War wegen unterbliebener Anzeige kein Aufgebotsverfahren erlassen, so kann der Finder nicht Eigenthum erwerben und fällt die Sache nach partikulären Vor-

---

[16]) Noch die Nürnb. Ref. v. 1564. XXV. 2 sagt nichts davon, daß der Finder einen Anspruch auf das Eigenthum habe; er soll die Sache an die Obrigkeit herausgeben.

[17]) Oestr. GB. § 392: der Finder erhält das Recht, die Sache oder den daraus gelösten Werth zu benutzen. „Erst nach der Verjährungszeit erlangt der Finder, gleich einem redlichen Besitzer, das Eigenthumsrecht", Unger II. S. 281 ff. — Bern. Civ. GB. art. 420. 421. Züricher Ges. B. § 629: der Fund fällt in der Regel dem Finder zu Eigenthum zu. „Aus besondern Gründen jedoch kann, und in wichtigen Fällen soll das Gericht dem Finder vorerst nur das Benutzungsrecht zusprechen unter Vorbehalt der Ersitzung". — C. civ. art. 2279: der Eigenthümer hat noch 3 Jahre die Vindikation, Bad. GB. 717ª: der Finder erwirbt in 3 Jahren das Eigenthum; Schweiz. Obl. R. art. 206: der Eigenthümer kann 5 Jahre hindurch vindiciren.

[18]) Preuß. Ldr. I. 9. § 43 ff.; bei Sachen über 100 Thaler fällt die Hälfte des Mehrwerths an die Armenkasse des Orts, § 44 ff.

[19]) Sächs. GB. § 239. — Züricher GB. § 629. — Bremen'sches Ges. v. 7. Febr. 1873 (die Anmeldung und den Erwerb gefundener Sachen betreffend) § 1: „Wer eine verlorene Sache, von der er nicht weiß, wem sie gehört und wer sie verloren hat, binnen acht Tagen nach der Auffindung an die Polizeibehörde des Fundorts oder seines Wohnorts abgeliefert, resp. größere Sachen oder lebende Thiere bei derselben angemeldet hat, erwirbt nach Ablauf der im § 2 bestimmten Fristen das Eigenthum der von dem Empfangsberechtigten nicht abgeforderten Sache, wenn jedoch die Sache an die Polizeibehörde abgeliefert war, erst mit dem Zurückempfang derselben." — Es ist dies eine eigenthümliche originäre Erwerbsart und nicht (wie die meisten Schriftsteller, z. B. auch Delbrück S. 40 ff., annehmen) auf Okkupation zurückzuführen. Nicht durch das An-sich-nehmen wird der Finder Eigenthümer, sondern es verwandelt sich seine Detention in Eigenthum, nachdem durch das obrigkeitliche Verfahren sich herausgestellt hat, daß der Eigenthümer nicht mehr aufzufinden ist, und es tritt diese Folge ein unabhängig von dem animus des Finders; vgl. auch Hofmann in Grünhut's Ztschr. I. S. 451.

schriften dem Fiskus oder einer öffentlichen Kasse anheim[20]). Fehlt es an derartigen partikulären Vorschriften, so wird der Finder weder in Folge des fruchtlosen Aufgebotsverfahrens, noch in Folge einer sich daran schließenden Ersitzung Eigenthümer[20a]).

II. Schatz.

1. Für den Begriff des Schatzes gilt auch gegenwärtig die römische Definition (L. 31. § 1. D. 41. 1): Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non extat memoria ut jam dominum non habeat[21]). Hatte sich während des Mittelalters für die gefundenen Sachen partikulär die Regalität herausgebildet, so trat dieselbe für den Schatz noch entschiedener hervor[22]). Nach dem

---

[20]) So schon nach dem Mährischen Weisth. § 51 bei Chlumecky S. 61; dem Staat Sächs. GB. § 243; der Armenkasse Baier. VO. v. 22. Nov. 1815 (Roth § 140 N. 9), Zürich. GB. § 630.

[20a]) Das letztere behauptet Gimmerthal S. 530 ff.; vgl. auch das Kasseler Erk. im Arch. f. prakt. R. W. N. F. III. 1866 (S. 55 ff.); der Finder dürfe, wenn das ordnungsmäßige Verfahren eingehalten ist, vorwurfsfrei über die Sache verfügen, werde aber nicht Eigenthümer und müsse sie restituiren, wenn sich später der Berechtigte meldet. Ueber diese Ansicht vgl. auch Delbrück S. 36 ff. — Delbrück selbst erklärt sich S. 39 ff. mit einer Anzahl gemeinrechtlicher Schriftsteller auch mit Bezug auf das gemeine Recht für den Eigenthumserwerb ohne Ersitzung. Wo sich indessen kein derartiges Gewohnheitsrecht fest ausgebildet hat, ist es unzulässig, das abweichende röm. Recht durch Berufung auf literarische Autoritäten und einzelne Partikularrechte auszuschließen.

[21]) Preuß. Ldr. I. 9. § 74; vgl. auch Delbrück in Ihering's Jahrbb. III. S. 20 f., Entsch. des RchsG. Straff. I. no. 7.

[22]) Wie es in Karolingischer Zeit gehalten wurde, ist nicht ganz klar. Capit. a. 789. c. 2 (Mon. LL. I. p. 69): de thesauro, quod subtus terra invenitur: (si) inventus fuerit in terra ecclesiarum, tertia ad parte episcopi revocetur. Et si aliquod Langobardus aut qualibet homo propria expontanea voluntate cavaverit, et aliquit ei dominus dederit in propria, sua quarta portione exinde tollantur, et ille vero tres portiones ad nos perveniat, et de verbo nostro ut nullus presumat aliter facere. — In einem konkreten Fall, in welchem Schätze in heidnischen Tempeln gefunden waren, nahm Karl d. Gr. zwei Drittel für sich in Anspruch und schenkte ein Drittel der Kirche; vgl. darüber v. Richthofen zur Lex Saxonum S. 181 N. 82. — Für die Regalität beweist auch die Urkunde vom J. 1122 (Lacomblet I. no. 294): Heinrich V. verleiht der Abtei Siegburg das Recht: ut si quid metalli vel pecunie in ullo possessionum ipsorum fundo sive loco tellus querentibus exposuerit, . . . juris ipsorum sit nec molestus

Sachsenspiegel[23]) gilt derjenige Schatz als fiskalisch, welcher tiefer in der Erde vergraben ist, als der Pflug geht. Wir müssen annehmen, daß die oberflächlich liegenden Schätze den einfach verlornen Sachen gleichgestellt werden, während für einen tiefer vergrabenen Schatz, welcher nicht so leicht wieder zu Tage gefördert wird, eher die Vermuthung vorhanden ist, daß er schon vor langer Zeit eingegraben wurde und sich der Eigenthümer nicht mehr mit Sicherheit ermitteln läßt. Seit Ausbildung der Regalität wurde das Recht auf den Schatz vielfach durch kaiserliches Privileg den Landesherrn übertragen[24]) oder auch ohne weiteres von der Landesherrschaft, Vogtei oder Grundherrschaft in Anspruch genommen[25]).

---

quisquam sit illis pro jure regio; vgl. auch Waitz Vf.G. VIII. S. 269 ff., 275. — Ebenso nach Angelsächs. Recht; Leges Edoardi Confessoris c. 14: nur wenn ein Silberschatz in der Kirche oder dem Kirchhof gefunden wird, gehört die Hälfte der Kirche; Gold aber gehört dem Könige. — Jüt. Low II. 113. — Nach dem Schwabensp. 347[a] soll der auf freier Straße unter der Erde gefundene Schatz zu $^3/_4$ dem Reich, zu $^1/_4$ dem Finder gehören.

[23]) Sachsensp. I. 35. § 1: Al schat under der erden begraven deper den ein pluch ga, die hort to der koningliken gewalt. — Ich betrachte es als sicher, daß hier vom thesaurus und nicht von Bergwerksschätzen die Rede ist. Ganz besonders spricht dafür das Wort begraven; der Schatz ist durch menschliche Thätigkeit in den Boden hineingebracht. — So auch Purgoldt III. 73, v. Gerber § 91 N. 1, Weiske Ztschr. f. d. R. XII. S. 273 f., Böhlau de regalium notione (1856) p. 16, besonders auch in der Heidelb. kritischen Ztschr. V. (1859) S. 138 ff., Falck III[b]. S. 426 N. 56, Achenbach Bergr. I. S. 87, Klostermann Bergrecht S. 5 N. 2, Kommer in d. Ztschr. f. Bergr. X. S. 389 ff., Stündeck de jure metallorum quod vocant Bergwerkseigenthum. Berol. 1868. p. 26.

Andere verstehen das Wort schat von Bergwerksschätzen, so die Glosse zum Sachsensp. (bei Homeyer, vgl. darüber auch Böhlau in d. Heidelb. krit. Ztschr. a. a. O. S. 144 f.), Const. Saxon. II. 53 (vgl. über sie Schletter Constitutionen S. 210 f.), Eichhorn Rechtsgesch. § 297 N. k, Haubold § 180 N. c, Sachße in d. Ztschr. f. d. R. X. S. 70 ff., Gengler Lehrb. S. 206 N. 6, Priv. R. § 58 N. 11, Sachse Weimar § 276 N. 8, Arndt Bergregal S. 96 ff. — Als zweifelhaft betrachten es, da schat beides begreifen könne, Beseler § 203 N. 3, Steinbeck in d. Ztschr. f. d. R. XI. S. 259, Grueter de regali metallorum jure. Bonnae. 1867. p. 32 ff.

[24]) z. B. die Urk. v. 1122 in N. 22; Kraut § 94. no. 2 vom J. 1150: Conrad III. überträgt dem Abt von Corvey außer dem Bergregal omnem pecuniam sive rudem sive formatam.

[25]) Kraut § 77. no. 42, 43, § 94. no. 2, Grimm Weisth. II. S. 14,

Nach dem Bekanntwerden des Röm. Rechts nahmen viele Partikularrechte dessen Sätze auf, wonach der Schatz zur Hälfte dem Finder, zur andern Hälfte dem Grundeigenthümer gehört. Doch wurde auch oft angeordnet, daß der Finder seinen Fund der Obrigkeit anzeigen und diese ein Aufgebotsverfahren veranlassen solle[26]). Außerdem suchen manche Gesetze das römische Princip mit dem deutschen Anspruch des Fiskus auszugleichen und lassen entweder überhaupt oder unter bestimmten Voraussetzungen einen Theil des gefundenen Schatzes dem Fiskus anfallen[27]).

---

29. § 1, 33 f., 45, 53, 55, V. S. 679. § 20, 686. § 22, Tirol. Weisth. II. S. 382. Z. 1 ff.: der Schatz gehört dem Landesherrn; derselbe läßt aus Gnade etwas davon dem Finder zukommen. — Purgoldt III. 73. — Straßburger Juden-O. v. 1383. § 11 (Hegel Chroniken IX. S. 982 f.), daß die Hälfte des von den Juden auf ihrem Grund oder in ihren Schulen oder dem Begräbnißplatz gefundenen Schatzes der Stadt zufalle. — Kärnth. Weisth. S. 426 Z. 20 ff. — Regalität zu Gunsten des Landesherrn Ansbacher VO. v. 1708 (Arnold Beiträge II. S. 68 f.: der Finder werde in Gnaden bedacht werden), R. von Schwarzb.-Rudolst. (Heimbach § 180 N. 7).

[26]) Unter den ältern Quellen enthält die ausführlichsten Bestimmungen Purgoldt III. 73 ff.; für die Schätze, welche nicht tiefer liegen, als der Pflug geht, soll nach III. 73 der römische Satz eintreten, während für die andern Schätze am Sachsenspiegel festgehalten wird. — Westerwolder Landr. v. 1470. V. § 6—8 (v. Richthofen S. 265; der zufällig auf Kirchengrund gefundene Schatz gehört ganz der Kirche, § 8). — Summa Johannis (Ausg. v. 1495) Blatt 69[b]. — Nürnb. Ref. v. 1522. XXXII. 1, v. 1564. XXV. 1. — Const. Saxon. II. 53, partikulär-sächsisches Recht bei Heimbach § 180, Sächs. GB. § 233. — Bern. GB. art. 423. — Züricher GB. § 632. — Code civ. 716. — Reyscher II. § 288.

[27]) Wormser Ref. VI. 2. tit. 21: wer in seinem eignen Grundstück einen Schatz findet, erwirbt ihn zur Hälfte, die andere Hälfte gehört der Stadt; findet er ihn auf fremdem Boden, so wird er zu Dritteln vertheilt an den Finder, den Grundeigenthümer und die Stadt. — Gesetz für Basel von 1512 (Rechtsquellen von Basel I. no. 222): die mit Erlaubniß der Obrigkeit und des Grundeigenthümers gesuchten Schätze gehören zu $^3/_4$ dem Finder, zu $^1/_4$ der Obrigkeit.

So auch nach neueren Partikularrechten (eine Zusammenstellung bei Roth B. I. § 36. S. 245 (1. Aufl. § 34), II. § 140. S. 171). — Nach dem Preuß. Ldr. I. 9. § 85 fällt, wenn nach Schätzen gesucht ist, die Hälfte dem Fiskus zu; vgl. überhaupt § 74 ff., § 86—89. Nach dem Preuß. Ges. vom 4. Aug. 1865. art. 3 soll für einzelne Pommern'sche Kreise der (römische) Satz als Provinzialrecht bestehen bleiben, daß, wenn nach Schätzen auf fremdem Grund gesucht ist,

2. Durch Auffindung des Schatzes wird auf Grund des Gesetzes das Eigenthum am Schatz unmittelbar dem Finder und den sonst berechtigten Personen erworben. Der Finder wird Eigenthümer des ganzen Schatzes oder zu seinem Theile, sobald er ihn gefunden hat, auch wenn er ihn nicht sofort an sich nimmt und ein Anderer ihn okkupirt. Weder wird der Finder Eigenthümer durch die Okkupation, noch wird, wenn noch andere Personen ein Recht auf den Erwerb haben, der Finder Eigenthümer des ganzen Schatzes, so daß die Andern nur einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe ihres Antheils hätten, sondern es erscheinen sofort die nach dem Gesetz berechtigten als Miteigenthümer[28]).

3. Finden Arbeiter oder Dienstboten den Schatz bei ihren gewöhnlichen Verrichtungen[29]), so erhalten sie ihren Theil wie jeder andere Finder[30]).

4. Sowie es in der Literatur bestritten ist, ob im Fall des sog. getheilten Eigenthums der Vasall, Erbpächter, Erbzinsherr ꝛc. oder der sog. dominus directus als Grundeigenthümer mit Rücksicht auf den Erwerb des Schatzes gelte (vgl. oben § 80 N. 18), so gehen auch die Partikularrechte darüber aus einander[31]). Wo es an spe-

---

die dem Finder sonst als Belohnung gebührende Hälfte nicht dem Fiskus, sondern dem Grundeigenthümer zufällt. — C. Max. Bav. II. 3. 4: der Fiskus erhält $^2/_3$, das dritte Drittel wird zwischen dem Finder und dem Grundeigenthümer getheilt. — Oestr. GB. § 399: $^1/_3$ dem Fiskus, $^1/_3$ dem Finder, $^1/_3$ dem Grundeigenthümer; der fiskalische Anspruch ist aber durch Hofdekret v. 16. Juni 1846 aufgehoben (v. Kirchstetter zu § 401). — Bern. GB. art. 424 und Zürich. GB. § 633: hat der Finder in unrechtmäßiger Weise nach Schätzen gesucht oder den Fund verheimlicht, so fällt sein Theil an die Armenkasse.

[28]) Windscheid § 184 N. 10, Dernburg I. § 233, Erk. d. RchsG. Strafs. I. no. 7. — Das Sächs. GB. § 233 sagt, daß die betreffenden Personen durch Besitzergreifung von Seiten des Finders Eigenthümer werden.

[29]) Nach Purgoldt III. 74 erhalten sie ein Viertel; sind sie gedungen, um den Schatz zu suchen, so erhalten sie nur ihren Lohn, III. 75.

[30]) Dresdener Entsch. v. 1797 (Emminghaus S. 183. no. 27), Preuß. Ldr. I. 9. § 82, Oestr. GB. § 401, Zachariä I. § 200 N. 11.

[31]) Preuß. Ldr. I. 9. § 94 ff., 18. § 7: der dominus utilis, Erbzinsmann, Fideikommißbesitzer erhält den Antheil am Schatz; der Nießbraucher oder Erbpächter hat kein Anrecht. — C. Max. Bav. II. 3. 4. — Oestr. GB. § 399: das Drittel des Eigenthümers wird zwischen dem Ober- und Nutzungseigenthümer getheilt; vgl. § 1143 u. 1147.

ziellen Bestimmungen fehlt, hat der Lehns- oder Gutsherr das Recht auf den Schatz, da nur er Eigenthümer ist.

III. Beute[32]).

Wie nach Röm. Recht die Sachen des Feindes als herrenlos galten und Eigenthum des Erbeuters wurden, so erwarb auch nach dem Recht des Mittelalters der Okkupirende Eigenthum an der in rechter Fehde und in rechtem Kriege gewonnenen Beute und war keiner Vindikation ausgesetzt[33]).

Das neuere Recht hat die Befugniß zum Beutemachen wesentlich eingeschränkt und von demselben die Sachen der nicht zum feindlichen Heere gehörigen Privatpersonen ausgenommen[34]). Insoweit aber unsere Unterthanen erlaubte Beute machen, erlangen sie durch die Besitzergreifung Eigenthum[35]). Dagegen beurtheilen unsere Partikularrechte nicht gleichmäßig den Erwerb, welchen der Feind an den Sachen unserer Unterthanen macht: es sollen nämlich dieselben ihre verlornen Sachen vindiciren dürfen, wenn sie sich in unserm Lande befinden, so daß also der dritte Erwerber an ihnen nicht Eigenthum, sondern nur titulirten Besitz erlangt hat[36]).

Ueber den in einem Familienfideikommiß gefundenen Schatz vgl. oben § 140 N. 3.

[32]) Axel Benedix de praeda inde ab antiquitate ad usque nostram aetatem bello terrestri legitime parta. Diss. inaug. Vratisl. s. a. (1874).

[33]) Vgl. außer den bei Laband vermögensrechtl. Klagen S. 76 f. angeführten Stellen noch Brünner Schöffenb. c. 95, Iglauer R. (Tomaschek S. 80) § 94, Lüb. R. (Hach) III. 334 a. Schl., revid. Lüb. R. IV. 1. 10; vgl. auch Franken franz. Pfandr. I. S. 278. no. 10.

[34]) Heffter Völkerrecht § 130 ff., 135 f., Bluntschli das Beuterecht im Krieg und das Seebeuterecht insbesondere. 1878. S. 5 ff., 60 ff.

[35]) Preuß. Ldr. I. 9. § 194 vgl. mit § 201 u. 202; Sächs. GB. § 232. — Nach C. Max. Bav. II. 3. § 6: sobald die Sachen in Sicherheit gebracht sind. — Heffter § 136 nimmt nicht den Erwerb von Eigenthum, sondern nur von titulirtem Besitz an.

[36]) Während das sächsische Recht den Besitzer im allgemeinen verpflichtet, die vindicirte Sache ohne Ersatzanspruch herauszugeben, soll nach Decisio Saxonica 1661. no. 90, wer vom Feinde Sachen erkauft hat, vom Vindicanten Ersatz fordern dürfen, wenn er von seinem Erwerbe das Gericht sofort benachrichtigt und erklärt hat, die Sache in der Absicht erkauft zu haben, um sie dem frühern Herrn wieder auszuliefern. — Nach dem Preuß. Ldr. I. 9. § 199, 200 kann der frühere Eigenthümer sie unentgeltlich von demjenigen herausverlangen,

IV. Gestrandete Sachen[37]).

Den gefundenen Sachen sind in mancher Beziehung die gestrandeten gleich zu stellen. In älterer Zeit bestand in weiter Verbreitung das sog. Strandrecht, wonach die Anwohner des Meeres- oder des Flußufers[38]) das im Wasser herumschwimmende oder an's Land getriebene Gut und das verunglückte Schiff (Wrack, Seefund) selbst dann als ihnen verfallen okkupirten, wenn die Eigenthümer oder sonst am Gut Berechtigten bekannt oder anwesend waren. Ja selbst die auf dem Schiff befindlich gewesene Mannschaft glaubten sie für leibeigen erklären zu dürfen[39]).

Dieser Uebung der Anwohner gegenüber entwickelte sich ein fiskalisches Strandrecht. Indem man die Meeresufer meistens als Eigenthum des Landesherrn betrachtete, erhob der Fiskus den Anspruch auf alles Gut, was an den Strand getrieben wurde[40]).

---

welcher sie umsonst vom Feinde erhalten hat, muß dem Besitzer aber Ersatz leisten, wenn er sie gekauft hat. Während das Gesetzbuch nur vom Titel spricht, nimmt Koch zu dieser Stelle an, daß es auf Seiten des Besitzers auch bona fides voraussetze.

[37]) v. Brünneck das Recht auf Zueignung der von der See ausgeworfenen oder angespülten Meeres-Produkte und das Bernstein-Regal. Königsb. 1874. S. 1 ff. — Brunner in v. Holtzendorff's Rechtslexikon II. s. v. Strandrecht. — Mandry Inhalt der Reichsgesetze S. 352 ff. — v. Stemann Schleswig'sche Rechtsgesch. II. S. 374 ff., Falck III. S. 427 ff.

[38]) War das Unglück auf einem Fluß, besonders dem Rhein, passirt, so übten die Anwohner das sog. Grundruhrrecht (das Schiff hat den Grund berührt) aus.

[39]) Ebenso wie wer von seinem Baum auf des Nachbars Grund fällt, ihm mit seiner Person verfallen ist, oben § 85 N. 44.

[40]) Vgl. über dieses Eigenthum des Königs und der Landesherrn am Meeresufer und das fiskalische Strandrecht Waitz Verf. Gesch. IV. S. 114 f., VIII. S. 275 (daselbst N. 31 secundum prisci juris rigorem tam homines quam res regie ditioni sunt mancipati), v. Maurer Einl. in die Markenverfassung S. 118 ff. — v. Stemann S. 374 (Jütisches Low), Falck V. S. 152 f. — Das Recht des Alten Landes im 16. Jahrh. (Archiv des Stadischen Vereins IX. 1882. S. 157 f.) bezeichnet als fiskalisch santworpe, santfunde, driftich gut. — v. Brünneck S. 2 ff. — Preuß. Ldr. II. 15. § 80: „die Hafen und Meeresufer und was auf diese von der See angespült oder ausgeworfen wird, sind nach gemeinen Rechten ein Eigenthum des Staats." In einzelnen Theilen Preußens und in Mecklenburg besteht für die Meeresufer Privateigenthum.

Schon früh trat die Gesetzgebung dagegen auf, gestrandete Güter auch in dem Falle, daß ihr Eigenthümer bekannt ist, als herrenlos zu behandeln; die Kirche drohte mit der Exkommunikation und der Staat bezeichnete ein solches Verfahren als Raub[41]). Nichts

---

[41]) Die L. Wisig. VII. 2. 18 bezeichnet es als Raub, wenn Jemand bei einem Schiffbruch Sachen an sich nehmen würde. — Ludwig der Fromme ertheilt einem Kloster für seine Schiffe Schutz gegen das Strandrecht, Waitz Verf. G. IV. S. 38 N. 4. — Die Kirche droht auf dem dritten Lateran. Concil v. 1179 mit der Exkommunikation (c. 3 X. V. 17). — Die Kaiser erklären es für ein verwerfliches Gewohnheitsrecht, wenn Schiffbrüchige noch an ihren Gütern beraubt würden. — Privilegien zu Gunsten von Venedig v. Otto I. (Waitz VIII. S. 275 N. 4), Heinrich IV. (v. J. 1094, Stumpf acta imperii no. 79) u. s. w. — R. v. Wiener-Neustadt v. J. 1247 und v. 1277 § 15 (Winter urkundl. Beiträge z. Oestr. Rechtsg. S. 11, 34 f.): der Gestrandete hat die Vindikation gegen quilibet detentor. Aufhebung für Riga, v. Napiersky in v. Bunge Riga S. 319. — Heinrich VI. a. 1196 (Schoepflin Als. dipl. I. no. 359, Mon. Germ. LL. II. p. 199 f.): universos imperii nostri mercatores per aquarum decursus cum mercimoniis suis euntes cum rebus eos ab hac penitus excludimus consuetudine inordinate statuta, ne periculum naufragii cum rerum suarum dimissione perpessi aliquod in bonis suis idcirco dispendium sustineant vel jacturam. — Friedrich's II. Ges. v. 1220. § 7 (Mon. LL. II. p. 243): Vermögenskonfiskation und sonstige Strafen für die Uebertreter des Gebots. — Verbot König Wilhelm's v. J. 1255 (Mon. LL. II. p. 371), Ludwig des Baiern v. J. 1339 (Böhmer acta imperii no. 787), Karl's IV. v. 1355 (Kraut § 78. no. 32). — Die Carolina art. 218 eifert gegen den an vielen Enden bestehenden Mißbrauch: so eyn schiffmann mit seynem schiff verferet, schiffbrüchig würde, dass er alssdann der oberkeyt des selbigen orts, mit schiff, leib und güttern verfallen sein solt.

Auch wurden die Kaufleute mancher Orte noch besonders vom Grundruhrrecht eximirt, vgl. die Privilegien für Lübeck aus den Jahren 1220—1245 im Lüb. Urk. B. I. no. 20, 21, 27, 35, 80, 108. — Aufhebung des Grundruhrrechts für Hannover im J. 1282 (Hannov. Urk. B. no. 46); für Göttingen im J. 1367 (Gött. Urk. B. no. 245). Kein Strandrecht in Braunschweig, Braunschw. Stdtr. des 13. Jahrh. § 57 (Gengler Stadtrechte S. 40). — Aufhebung in Mecklenburg 1220 (Böhlau Mecklenb. Landr. I. 28 N. 16).

Aber doch blieb das Strandrecht noch bestehen, besonders an den Küsten von Schleswig-Holstein (vgl. auch N. 40) und den Ufern des Rheins. Auch gaben die Könige Privilegien, durch welche sie im Widerspruch mit dem allgemeinen Verbot dasselbe in beschränkterem Umfange anerkannten; z. B. Privileg Rudolf's vom J. 1275 für Breisach § 21 (Gengler Stadtrechte S. 44): Quicquid infra ambitum Rheni supra Brisack ad duo miliaria et inferius ad unum fuerit Rheinfällig, ad ipsum Burgum pertinebit. — Privileg

desto weniger erhielt sich das Strandrecht, wenn auch mit größerer Milde, noch Jahrhunderte hindurch und ist erst in neuerer Zeit in allen Staaten allgemein beseitigt worden[42].

Es sind zwei Fälle zu unterscheiden;

a) Der Eigenthümer des schiffbrüchigen Guts ist bekannt und es ist dasselbe durch Hülfe dritter Personen vor dem völligen Untergange bewahrt. Je mehr wir uns der Gegenwart nähern, um so mehr beschränkt sich ihr Anspruch auf einen bloßen Bergelohn[43]; weil sie das verunglückte Gut im Interesse des Eigenthümers durch Bergung vor dem gänzlichen Untergange bewahrten, erhalten sie als Belohnung eine Quote vom Werth desselben[44].

Ludwig's vom J. 1336 (Böhmer C. D. Moenofr. p. 537): mit Bezug auf das Grundruhrrecht auf dem Rhein und dem Main: also swenn ein schef den grunt rüret, daz man dann von jedem fuder weins dem herren, des diu gruntrur ist, nicht mer geben sol, dann 12 haller. Ist es aber ander chaufmanschaft, diu den grunt rüret, di sol man an slahen gen als vil fuder weins, als si wert ist und gelten mag. — Lüb. R. (Hach S. 314 N. b zu art. 134): wenn die Schiffer Gut geworfen haben und es wieder haben wollen, sollen sie es demjenigen bezahlen, dem de lant roringhe behort. — Unterelsaß. Weisth. v. J. 1528. § 30 (Grimm Weisth. V. S. 498): Begeb es sich auch, das ein schief mit win oder koufmansgut in den Rein geleg in dieser herschaft und das bi sonnenschin nit von dannen komen mecht, sol unser gned. herr von Fleckenstein grundrur nemen, nemlich das zweitheil von dem gut, und und das drittheil lossen faren. — Nach der Koelhoff'schen Chronik (Chroniken XIV. S. 855) ertrank im J. 1482 der kölnische Weihbischof mit 6 Personen im Rhein, zwei Stunden oberhalb von Köln. Von seinen Pontifikalien wurde ein Theil aufgefischt: mer die nam der herzoch von Berge, want it in sinre lantschaft vunden wart.

[42]) Für das ganze Reich sind Bestimmungen in der Strandungsordnung v. 17. Mai 1874 (Reichs Ges. Bl. S. 73 ff.) getroffen.

[43]) Schon Sachsensp. II. 29 sagt: sweme enes anderen mannes have, dat varende have het, in watere to vlüt, die sal se jeneme weder geven, deste he sik dar to tie als recht is, unde he ime sine kost gelde na guder lüde kore. He sal 't ok up bieden unde halden unverdan ses weken.

[44]) Hamb. Weisth. aus der Mitte des 13. Jahrh. (bei Gengler Privatr. S. 211), altes Hamb. Schiffsrecht art. 20 (Lappenberg S. 81), Hamb. Stdtr. v. 1497. P. 46, Hamb. Statt. v. 1603. II. 17. art. 5: je nach den Umständen ein Drittel oder eine arbiträre Bezahlung oder der zwanzigste Theil; Lüb. Urth. v. 1482 (Michelsen Oberhof no. 138). — v. Bunge Riga S. 153, 228 f. —

b) Ist der Eigenthümer des gestrandeten Guts nicht sofort bekannt, so wird es schon nach älteren Vorschriften wie gefundenes Gut behandelt, d. h. wenn der Versuch, den Eigenthümer zu ermitteln[45]), erfolglos bleibt, fällt es dem Fiskus, welcher aber Bergelohn zu bezahlen hat, oder dem Finder zu[46]).

Nach dem Reichsgesetz vom 15. Juli 1874 findet ein Aufgebotsverfahren statt, welches keinen Ausschlußbescheid enthält (§ 26 ff.). Meldet sich der Eigenthümer oder sonst Berechtigte[46a]) und weist seinen Anspruch nach, so wird ihm das Gut gegen Bergelohn ausgehändigt. Melden sich aber keine Empfangsberechtigte, so werden (§ 35) „Gegenstände, welche in Seenoth vom Strande aus geborgen sind, desgleichen Seeauswurf und strandtriftige Güter dem Landesfiskus überwiesen. Unter gleicher Voraussetzung werden versunkene und seetriftige Gegenstände dem Berger überwiesen." „Der Empfänger ist, wenn versäumte Ansprüche später geltend gemacht werden, nur insoweit, als er sich dann im Besitze der Sache noch befindet oder

---

v. Amira Obl. R. I. S. 748. — Nach Schleswig'schem Recht wurde bis zum Anfang dieses Jahrh. von verunglückten oder festgerathenen Schiffen, wenn ihre Rettung nicht von der Schiffsmannschaft selbst besorgt werden konnte, ein Drittel an den Fiskus, ein Drittel an den Bergenden gezahlt und verblieb nur das letzte Drittel den Eigenthümern; sind sie unbekannt, so fällt auch dies Drittel an den Fiskus; durch VO. v. 1803 verzichtete die Regierung auf ihre Quote, Falck III. S. 432, v. Stemann S. 376. — Im Preuß. Landr. II. 15. § 81 verzichtet der Staat auf das Strandrecht und will es § 87 nur retorsionsweise gegen das Ausland ausüben; § 85 der Bergelohn ist provinzialrechtlich festzustellen; er soll höchstens ein Drittel des Werths betragen, Publik. des Preuß. Staatsraths v. 31. Dez. 1801. § 7. — Handelsgesetzbuch § 742 ff. — Entsch. d. ROH. Gerichts VI. S. 433 ff. — Das Detail gehört in das Seerecht; es handelt sich nicht um einen Eigenthumserwerb, sondern um die Gegenleistung für eine negotiorum gestio.

[45]) Preuß. Ldr. II. 15. § 81—84.

[46]) Sachsensp. II. 29 vgl. N. 43. Nach dem Westerwolder Landr. V. § 5 (v. Richthofen fries. Rechtsqu. S. 265): die Hälfte an die Kirche, die andere Hälfte an die Obrigkeit. — Grimm Weisth. II. 794: wenn ein Fluß übertritt, soll das später in ihm gefundene, weggeschwemmte Gut dem Landesherrn gehören. — Preuß. Ldr. II. 15. § 86: die im Meer gestrandeten Güter fallen dem Staat als herrenloses Gut zu; er bezahlt als Bergelohn die Hälfte des Werths an den Bergenden, Publ. d. Staatsraths (vgl. N. 44).

[46a]) Vgl. Mandry S. 355.

durch den aus derselben gelösten Werth noch bereichert ist, dem Berechtigten zur Entschädigung verpflichtet" (§ 28. Abs. 2).

Es findet hier also durch Ueberweisung von Seiten der Obrigkeit, d. h. des Strandamts, ein Eigenthumserwerb für den Fiskus resp. den Berger statt; doch ist dieser Eigenthümer, wenn sich später derjenige meldet, welchem früher die Sache gehört hat, verpflichtet, ihm die Sache selbst, falls er sie noch besitzt, resp. seine Bereicherung herauszugeben. Der frühere Eigenthümer macht nicht etwa Eigenthum geltend und hat auch gegen den dritten Erwerber keine Klage, sondern nur gegen den Fiskus resp. den Berger einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung[47]).

V. Bernstein[48]).

Während im allgemeinen das Sammeln des Bernsteins am Strande und das Auffischen desselben im Meer Allen frei steht[49]), ist in einzelnen Theilen Preußens der Staat allein berechtigt, durch Okkupation das Eigenthum an ihm zu erwerben und besteht hier ein Bernsteinregal[50]). Während nach den ältern Gesetzen nur das Sammeln von Bernstein am Strande verboten war, ist nach dem Ostpreußischen Provinzialrecht von 1801 auch der im Binnenlande gefundene Bernstein für regal erklärt[51]). Ein neueres Gesetz gewährt demjenigen, welcher zufällig Bernstein auffischt, findet oder gräbt, alle Rechte des Finders[52]). Wenn in diesen Gesetzen dem

---

[47]) Vgl. Brunner a. a. O., Mandry S. 353 f.

[48]) Vgl. die N. 37 angeführte Schrift von Brünneck S. 19—90.

[49]) So z. B. in Schleswig-Holstein, Mecklenburg, Neuvorpommern, v. Brünneck S. 20.

[50]) Ueber die Geschichte des Bernsteinregals, welches in der Provinz Preußen in die Zeit vor der Ordensherrschaft zurückreicht, vgl. v. Brünneck S. 25 ff.

[51]) Zusatz 228 zu § 80 des Allg. Ldr. II. 15: „der Bernstein ist ein Eigenthum des Staats. Aller Bernstein, er mag geschöpft, gegraben oder sonst gefunden werden, muß an die Bernsteinkammer in Königsberg abgeliefert werden, wofür denjenigen, die den Bernstein auf ihren eigenen Grundstücken gefunden haben, der zehnte Theil vom Werthe des abgelieferten Bernsteins . . . als Belohnung bewilligt wird."

[52]) Das Ges. v. 22. Febr. 1867 ad IV hebt die Bestimmungen des Ostpreuß. Provinzialrechts auf und bestimmt statt dessen: „der Bernstein, gleichviel ob er in der Ostsee und am Strande derselben, sowie im Frischen und im Kurischen Haffe gefunden wird oder im Binnenlande vorkommt, ist ein vor-

Staat an allem Bernstein Eigenthum zugeschrieben wird, so ist dies Wort nicht im eigentlichen Sinne zu nehmen, sondern damit nur bestimmt, daß der Staat allein berechtigt ist, ihn zu okkupiren und dadurch Eigenthum zu erwerben[53]). Doch ist wegen des Ausdrucks andererseits anzunehmen, daß, wenn ein Dritter Bernstein findet, der Staat durch ihn als unfreiwilligen Stellvertreter Eigenthum erlangt[54]). Was den binnenländischen Betrieb angeht, so kommen für ihn nicht die sonstigen bergrechtlichen Grundsätze zur Anwendung: es kann daher der Staat weder den für den bergmännischen Betrieb erforderlichen Boden expropriiren, noch überhaupt anders, als mit Genehmigung des Grundeigenthümers Veranstaltungen zur Gewinnung des Bernsteins treffen[55]).

Was Westpreußen und Pommern betrifft, so besteht das Bernsteinregal hier nur mit Bezug auf den am Strande gefundenen oder in der See gefischten Bernstein[56]).

§ 150. Eigenthumserwerb an Thieren.

I. Thiere, welche in Niemandes Eigenthum stehen, können im allgemeinen durch Okkupation (Erlegen, Einfangen, Einschließen in ein Gehege, in einen Käfig) zu Eigenthum erworben werden. An Thieren, welche ihrer Natur nach in wildem Zustande leben, aber eingefangen oder 'gezähmt sind, geht ebenso wie nach Römischem Recht das Eigenthum nicht sofort mit dem Verlust der Detention

---

behaltenes Eigenthum des Staats. Wer, ohne zum Bernsteinsammeln befugt zu sein, solchen zufällig auffischt, findet oder gräbt, hat alle Rechte und Pflichten des Finders."

[53]) v. Brünneck S. 76 f.

[54]) v. Brünneck S. 78 f.

[55]) v. Brünneck S. 71 ff.

[56]) Westpreuß. Prov. Recht § 73, 74. — Das Ges. v. 4. Aug. 1865. art. 4 äßt für bestimmte Pommern'sche Distrikte das Provinzialrecht bestehen: „der Bernstein, soweit er in der Ostsee gefischt oder am Strande derselben gefunden wird, ist ein vorbehaltenes Eigenthum des Staats. Innerhalb des Landes ist dagegen jeder Grundeigenthümer berechtigt, auf seinem Grunde Bernstein zu suchen und zu graben. Wer, ohne zum Bernsteinsammeln befugt zu sein, solchen zufällig auffischt, findet oder gräbt, hat alle Rechte und Pflichten des Finders."

verloren, sondern erst dann, wenn das herumschweifende Thier seine Gewohnheit, zum Herrn zurückzukehren, aufgegeben hat[1]): erst jetzt ist es ein Objekt für die Okkupation von Seiten Anderer geworden. Einzelne Partikularrechte bestimmen eine Frist, innerhalb deren das nicht zurückkehrende Thier herrenlos werde[2]).

An den in Niemandes Eigenthum stehenden Thieren erwirbt der Okkupirende Eigenthum, auch wenn er sie auf fremdem Grundbesitz einfängt[3]). Partikularrechtlich kann der Grundbesitzer, wenn ohne sein Wissen oder wider seinen Willen der fremde Boden betreten wurde, die unentgeltliche Auslieferung des gefangenen Thieres verlangen[4]).

Abgesehen von den jagdbaren Thieren (§ 151), bestehen für einzelne Thierarten besondere Vorschriften.

II. In Betreff der Tauben gilt ein noch freieres Okkupationsrecht[5]). Das Recht, Tauben zu halten, war nach manchen Partikularrechten beschränkt (§ 84 N. 1); nach Preußischem Landrecht sind nur Ackerbesitzer berechtigt; werden sie von andern Personen gehalten, so sind sie, wenn sie im Freien betroffen werden, „ein Gegenstand des Thierfanges“[6]).

---

[1]) Preuß. Ldr. I. 9. § 107—110, Sächs. GB. § 229.

[2]) Schwabensp. c. 243: wenn zahmes Wild in acht Tagen nicht zurückkehrt, c. 237 u. 240 für Federspiel und andere Vögel drei Tage. — Purgoldt IV. 65: vier Wochen oder länger. — Oestr. GB. § 384: 42 Tage.

[3]) Ed. Roth. 320, 321: es ist gestattet, Falken vom Baume eines Andern herabzuholen, außer wenn der Eigenthümer den Baum zum Zeichen dafür, daß er sie in Besitz genommen habe, besonders gezeichnet hat; vgl. N. 10 die entsprechenden Bestimmungen über Bienen. — In Betreff der nistenden Vögel sagt Schwabensp. 238, daß die Brut dem Grundeigenthümer gehört, die wile ez in siner gewalt ist; erst wenn sie flügge wird, sei sie okkupationsfähig. — Dagegen sagt das Preuß. Ldr. I. 9. § 117: Vogeleier und junge Vögel sind, soweit es die Polizeigesetze nicht ausdrücklich verbieten, ein Gegenstand des freien Thierfanges. — Die L. Baiv. XXII. § 11 hatte bestimmt: ut nullus de alterius silva, quamvis prius inveniat, aves tollere praesumat, nisi ejus commarcanus fuerit. — Ueber das neuere Recht vgl. auch Erk. des RchsGer. Straff. V. S. 86 f.; a. A. Roth B. III. § 281. S. 134.

[4]) Preuß. Ldr. I. 9. § 115; vgl. auch II. 16. § 35.

[5]) Prager Rechtshandb. no. 134: dy taube ist auch gemein, vgl. auch Grimm Weisth. III. S. 683.

[6]) Preuß. Ldr. I. 9. § 111—113; das Fortnehmen aus dem Taubenschlag

III. Bienen[7]).

In Uebereinstimmung mit der römischen Auffassung galten nach altem Recht die auf einem Grundstück angesiedelten Bienen nicht an sich ohne besondere Okkupation als im Eigenthum des Grundbesitzers befindlich, noch war er ausschließlich okkupationsberechtigt. Vielmehr konnte Jeder die noch von keinem Andern in Besitz genommenen Bienennester okkupiren, wo er sie findet, nicht bloß auf eigenem, sondern auch auf Gemeindegrund[8]) und auch auf fremdem Privateigenthum[9]). Wer einen Bienenschwarm auf seinem Grund und Boden oder auf Gemeindegrund erwerben wollte, hatte den Baum, Fels u. s. w., wo derselbe sich befindet, mit seinem Zeichen (Handgemal) zu versehen[10]). Zweifellos gelten als Privateigen-

---

einer Person, welche zum Halten nicht berechtigt ist, würde Diebstahl sein. — C. civ. 564: sie werden Eigenthum dessen, in dessen Taubenschlag sie gehen, wenn er sie nicht in denselben gelockt hat.

[7]) Bülow und Hagemann II. no. 7. S. 89—135 (hier S. 91 N. 1 zahlreiche ältere Literatur). — Busch Handbuch des heutigen in Deutschland geltenden Bienenrechts. Arnstadt. 1830 (hier S. 25—27 Angaben über ältere Literatur). — Elvers im Arch. f. prakt. R.W. III. S. 219—236 (über das Eigenthum an Bienenschwärmen und das Recht der Verfolgung derselben in des Nachbarn Garten). — Zusammenstellungen aus verschiedener Literatur bei Emminghaus S. 458—461.

Quellenstellen aus dem ältern Recht bei Grimm Rechtsalterthümer S. 596—599, auch S. 62. no. 51, und daraus bei Kraut § 77 N. 21 ff.; auch in v. Maurer Dorfverfassung I. S. 278—280. — In Grimm's Weisthümern finden sich zahlreiche Nachrichten über das Bienenrecht; außer den in den folgenden Noten angeführten Stellen vgl. auch Grimm Weisth. III. S. 233. § 13—18, IV. S. 692, 695, vgl. auch Schröder Register zu den Weisthümern S. 221. — Ein ausführliches Bienenrecht enthält das von Volkmann herausgegebene sog. Polnische Rechtsdenkmal S. 13. c. 10 (Elbing. Gymn. Programm 1869).

[8]) Okkupation auf Gemeindegrund z. B. Salzburger Taidinge S. 30. Z. 11 ff., S. 42. Z. 31 ff., S. 177. Z. 9 f.; Grimm W. II. S. 788 f.

[9]) L. Wisig. VIII. 6. 1 (vgl. N. 10; die Stelle ergiebt, daß man die auf fremdem Boden von dem Grundeigenthümer nicht okkupirten Bienen wegfangen dürfe; vgl. auch Dahn Westgothische Studien S. 88). — Rupr. II. 46, Purgoldt IV. 71. — Nur des Königs Grundstück soll von der Okkupation dritter Personen frei sein, Ed. Roth. 319 (N. 10).

[10]) L. Wisig. VIII. 6. 1: Si quis apes in silva sua ... invenerit faciat tres decurias, quae vocantur characteres ... Et si quis ... alienum signatum invenerit et irruperit, duplum restituat illi, cui fraus

thum diejenigen Schwärme, welche in einen künstlichen Stock gethan sind[11]).

Fliegt der im Eigenthum einer Person stehende Schwarm fort und läßt sich auf fremdem Grunde nieder, so ist sein Eigenthum noch nicht verloren[12]) und kein allgemeines Okkupationsrecht eingetreten; vielmehr kann der Eigenthümer ihm nachfolgen und innerhalb bestimmter Zeit[13]) versuchen, ihn auf dem fremden Grundstücke mit Vorwissen des Grundbesitzers, der seine Genehmigung nicht verweigern darf, wieder einzufangen[14]).

---

illata est et praeterea XX flagella suscipiat. — Ed. Roth. 319: Si quis de arbore signato in silva alterius apes tulerit, conponat solidos sex. Nam si signatum non fuerit, tunc quicumque invenerit, jure naturale habeat sibi, excepto in gahagio regis. — Ruprecht II. 46. — Westerwolder Ldr. V. § 12 (v. Richthofen S. 265). — Grimm W. II. S. 642, III. S. 764, Salzb. Taid. S. 72. Z. 72: wer einen Bienenschwarm in einem fremden Baum findet, möcht er ain kreuz an den paum zu ainem march, das er der erst, der denselben funden het, schneiden. — Homeyer Haus- und Hofmarken. 1870. S. 179; ebenso nach nordischen Quellen, Grimm R. A. S. 598, Homeyer S. 323, 328 f. — Oefter sind auch Abgaben an die Herrschaft vorgeschrieben.

[11]) z. B. L. Baiw. XXII. c. 9.

[12]) Das Röm. Recht (§ 14. J. II. 1) sagt, er bleibe Eigenthümer: donec in conspectu tuo est nec difficilis ejus est persecutio. — Salzburg. Taid. S. 30. Z. 3 ff.: wer seinem Schwarm nachfolget, geet . . seinem guet nach.

Das Eigenthum gilt als verloren, wenn man den Schwarm nicht mehr sieht, Ruprecht II. 46, Jüt. Low bei Grimm R. A. 599, Purgoldt IV. 72, oder wenn man seine Verfolgung aufgegeben hat, Preuß. Ldr. I. 9. § 124. — Vgl. auch Bülow und Hagemann II. S. 115, 123, 128, 131.

Nach manchen Rechten gilt das Eigenthum als verloren, wenn der Schwarm sich auf fremdem Boden niederläßt: Prager Rechtshandb. § 133. S. 139: wenn zu der zeit ist si gemein. — Glogauer Rechtsb. 428. — Sächs. Weichb. 118 (v. Daniels 4[0]): wenn die bhene eyn wilt worm is (Grimm Weisth. VI. S. 145. § 25 protestirt gegen die Gleichstellung mit den wilden Gänsen); vgl. Haubold § 362 N. a (abgeändert im Sächs. GB.; vgl. N. 17), Heimbach § 316 N. 6, Emminghaus S. 458 ff.

Ueber den Beweis des Eigenthumsrechts nach älterm Recht Witzenmühlenrecht bei Grimm R. A. S. 597 (in der Rezension bei Grimm Weisth. III. S. 231 ff. fehlt diese Stelle).

[13]) An demselben Tage, ehe die Sonne untergeht, Poln. Rechtsdenkm. (Volkmann) S. 13; in zwei Tagen Oestr. GB. § 384, Sächs. GB. § 230; in drei Tagen Schwabensp. 365, Zürich. GB. § 523, Baier. Entw. art. 27.

Von diesen Sätzen finden sich aber auch manche Abweichungen. So wird nach älterm Recht nicht überall derjenige, welcher auf fremdem Grunde einen Schwarm okkupirt, zum vollen Eigenthümer, sondern es treten die Grundsätze vom Finden verlorner Sachen ein und wird das Eigenthum zwischen dem Finder und dem Besitzer des Grundstücks[15]) oder zwischen dem Finder und der Herrschaft getheilt[16]).

In der neueren Zeit ist zu Folge der größeren Abgeschlossenheit der Feldgrundstücke und Waldungen gegen Eingriffe dritter Personen das freie Okkupationsrecht eingeschränkt und erscheint, abgesehen von weggeflogenen Schwärmen, nur der Besitzer des Grundstücks berechtigt, den auf seinem Boden befindlichen Schwarm durch Okkupation in sein Eigenthum zu bringen[17]).

---

[14]) Ueber die Art der Okkupationsversuche genaue Vorschriften L. Baiw. XXII. 8, Schwabensp. 365, Westerwolder Landr. V. § 15 ff. (v. Richthofen S. 265), Grimm Weisth. III. S. 315, VI. S. 145. § 24, S. 155. § 11, Salzb. Taid. S. 30. Z. 1 ff., S. 42. Z. 25 ff., S. 72. Z. 30 ff., S. 177. Z. 3 ff. — Ueber das Recht der Nachfolge Preuß. Ldr. I. 9. § 122, Baden'sches GB. art. 564ᵃ. — Ueber das neuere Recht vgl. den Aufsatz von Elwers (N. 7), welcher sich im allgemeinen gegen dies Verfolgungsrecht erklärt, falls es nicht im Partikularrecht anerkannt ist.

[15]) Ruprecht II. 46, Grimm Weisth. III. 683, VI. 145. § 25, Salzb. Taid. S. 30. Z. 7 ff., S. 42. Z. 30 f., S. 72. Z. 40 ff., nordisches Recht bei Grimm R. A. S. 508 und Homeyer Hausmarken S. 328. — Bloßer Finderlohn nach dem Poln. Rechtsdenkmal a. a. O.

[16]) Grimm I. S. 404, 777, 815, II. S. 11, 45, 55, 72, 101 R., 251, 265, 272, III. S. 764, IV. S. 743. 4, V. S. 698. § 10. — Der Schwarm fällt der Herrschaft zu, Grimm II. S. 258, 293, 300, 304, 319, III. S. 864, V. S. 494. § 8, VI. S. 759. § 1. 2. — Selbst für den Fall, daß der Eigenthümer seinen weggeflogenen Schwarm später zufällig antrifft, fordern einzelne Quellen eine Theilung zwischen ihm und dem Grundbesitzer, Grimm III. 683; vgl. auch Jüt. Low. bei Grimm R. A. 598.

[17]) Daß der Grundbesitzer das Okkupiren durch Dritte verbieten kann, schon Purgoldt IV. 71. Das Okkupationsrecht schließt überhaupt aus Jüt. Low. (Grimm R. A. 598 f.), Preuß. Landr. I. 9. § 124, 125, Oestr. GB. § 384, Brückner Goth. R. § 345. — Wenn das Sächs. GB. § 230 den weggeflogenen und vom ehemaligen Eigenthümer nicht binnen zwei Tagen wiedergewonnenen Schwarm für herrenlos erklärt, so heißt dies nicht, daß Jeder, sondern nur daß der Grundbesitzer ihn okkupiren dürfe.

IV. Fische.

Der Rechtszustand in Betreff der Okkupationsbefugniß von Fischen ist in Deutschland ein außerordentlich bunter. Obgleich in neuester Zeit in vielen Ländern Fischereiordnungen erlassen sind[18], gelten doch auch gegenwärtig sehr mannigfache Bestimmungen; denn die neuen Gesetze haben zum Theil die ältern Grundsätze bestehen lassen und enthalten außerdem für die verschiedenen Arten von Gewässern abweichende Normen.

1. Die Fischerei im offenen Meer steht aller Welt zu; aber längs den Meeresküsten nehmen die einzelnen Staaten die Fischerei für ihre Unterthanen in Anspruch[19].

2. Fische in Teichen, Seen und sonstigen geschlossenen Gewässern stehen im Eigenthum des Grundbesitzers[19a]. Treten derartige Gewässer aus, so kann der Eigenthümer seine Fische auch auf dem fremden Grundstück einfangen[20].

---

[18]) Aeltere Fischereiordnungen angeführt bei Haubold § 230 N. d, v. Wächter I. S. 130 ff. — Aus neuerer Zeit Preuß. Gesetz v. 30. Mai 1874 und dazu Gesetz v. 20. März 1880, Sächs. G. v. 15. Okt. 1868, Würt. G. v. 27. Nov. 1865, Badisches G. v. 29. März 1852 und 3. März 1870, Oldenb. G. v. 17. März 1879, Braunschw. G. v. 1. Juli 1879, Weimar'sches G. v. 6. Mai 1876, Hessen-Darmst. G. v. 27. Apr. 1881, Anhalt. G. v. 10. Juli 1876, Gothaisches G. v. 15. Mai 1877, Meining. G. v. 10. Okt. 1872, Altenb. G. v. 19. Juli 1876, Hamb. G. v. 8. Juli 1878, Brem. G. v. 25. März 1879, Lüb. G. v. 23. Febr. 1881, Lippe'sches G. v. 4. Nov. 1880, Reuß. ä. L. v. 2. Juli 1878, Reuß j. L. v. 15. Juli 1870, Schwarzb.-Rud. v. 12. Juli 1877, Schwarzb.-Sondersh. v. 20. Sept. 1876, G. f. Elsaß-Lothr. mit Bezug auf den Rhein v. 24. Dez. 1876. — Aus Baiern ist mir kein neueres Fischereigesetz bekannt. — Ueber Oestreich vgl. Randa Wasserrecht (2. Aufl.) S. 9 ff.

Vgl. auch die Zusammenstellungen in Rösler Verwaltungsrecht § 209 bis 211, ganz besonders aber in Neubauer Zusammenstellung des in Deutschland geltenden Rechts betr. verschiedene Rechtsmaterien. Berl. 1880. S. 102—116, Zusammenstellung des in Deutschland geltenden Wasserrechts. Berl. 1881. S. 99 ff.

[19]) „Ausländer, welche in den deutschen Küstengewässern unbefugt fischen, werden ... bestraft", Straf-GB. § 296a.

[19a]) Sachsensp. II. 28. § 2, Preuß. Ldr. I. 9. § 177, Sächs. GB. § 68, 229. — Anders nach Röm. R. L. 3. § 4. D. 41. 2; auch Randa S. 35 N. 2 erklärt sich gegen Eigenthum und nimmt nur ein Okkupationsrecht an.

[20]) Preuß. Ldr. I. 9. § 178, 179.

3. Fische in öffentlichen und in Privatflüssen stehen in Niemandes Eigenthum; aber sie werden nicht Eigenthum des Okkupirenden, sondern nur desjenigen, welcher befugt den Okkupationsakt ausübt.

Was diese Okkupationsbefugniß angeht, so stand sie in den öffentlichen Gewässern ursprünglich Allen zu; ja man bezeichnete als öffentlich diejenigen Flüsse, in denen Jeder fischen und fahren darf[21]). Aber schon früh nahmen in den öffentlichen Flüssen die Könige und dann die Landesherrn die Fischerei für sich in Anspruch[22]); sie erklärten die Flüsse für Forstwasser oder Bannwasser[23]) und machten die Fischerei anderer Personen von ihrer besonderen Verleihung oder Bewilligung abhängig. In der Lombardei wurde die Fischerei (piscationum redditus) durch die Constitutio de regalibus im J. 1158 für ein Regal erklärt[24]). Wenn auch diese Bestimmung zunächst nur das Recht des Königs in der Lombardei feststellte[25]), so hat ihre Aufnahme in das Corpus juris doch auch wesentlich zur Befestigung der Regalität der öffentlichen Flüsse in Deutschland beigetragen. Daneben erhielt sich partikulär das Recht der Unterthanen vom Ufer aus zu angeln[26]) oder in beschränktem Umfange für das eigne Bedürfniß zu fischen[27]); auch blieb für einzelne Flüsse oder im

---

[21]) Sachsensp. II. 28. § 4: Svelk water strames vlüt, dat is gemene to varene unde to vischene inne.

[22]) Vgl. Kraut § 91, Urk. K. Ludwigs v. J. 870 bei Neugart C. D. Alem. no. 458, Urk. Otto's III. v. J. 997 bei Stumpf acta imperii no. 250, Waitz Vf. G. IV. S. 113 f., VIII. S. 267 f. und oben I. § 64 N. 34.

[23]) Waitz a. a. O., Bernhardt Geschichte des Waldeigenthums I. S. 51 N. 9. — Stadtrecht v. Büren v. J. 1296 (Gengler c. jur. munic. I. p. 440): aquis ab antiquis temporibus, ad usus nostre piscationis specialiter pacificatis. — Auch „Hainwasser", Freudenstein Waldeigenthum in Schaumburg. 1879. S. 29. — Vgl. auch § 151 N. 7.

[24]) Mon. LL. II. p. 111 seq., II. Feud. 56.

[25]) Strube rechtl. Bedenken II. 87.

[26]) Grimm Rechtsalterth. S. 76. no. 4, Falck V. S. 155. — Aufhebung durch das Preuß. G. v. 30. März 1880: „die im Gebiet des Französischen Rechts Jedermann zustehende Befugniß auf den Strömen und schiffbaren Flüssen die Angelfischerei zu betreiben, wird hierdurch aufgehoben".

[27]) Grimm Rechtsalterth. S. 249: es bleibt gestattet im Rhein Fische zu fangen pro victu seu vitae necessariis vel familiae suae vel pro hospite

ganzen Staatsgebiet für einzelne Territorien das Recht der freien Fischerei bestehen[28]).

Aber die Regalität bildete doch die Regel. Und so ist es auch gegenwärtig; unter Beibehaltung von Ausnahmen, daß für einzelne Flüsse oder Bezirke das Gegentheil gilt, sprechen die meisten neueren Fischereiordnungen es aus, daß die Fischerei in den öffentlichen Flüssen Regal oder ein „Eigenthum" des Staats sei[29]), so daß ihre Ausübung von besonderer staatlicher Verleihung oder Concession abhängig ist[30]).

4. Die Fischerei in den Privatgewässern gehört den anstoßenden

---

honorando aut eidem propinando; es bleibt erlaubt in's Wasser zu gehen und einen Fisch zu greifen, aber verboten ist der Fang „mit garn" oder das Tragen der Fische zum Markt; Grimm Weisth. II. S. 272: die Herrschaft hat ein Vorkaufsrecht an dem gefangenen Fisch.

[28]) Strube a. a. O., Thudichum Markverfassung S. 312; für Altenburg Hesse § 281. 4, für Thüringen überhaupt Heimbach § 221. 1, für einzelne Theile Holsteins Falck V. S. 154 f., vgl. auch Paulsen § 47 N. 11, in einzelnen Theilen Preußens (vgl. Koch zu Preuß. Ldr. II. 15. § 73) bis zur neuesten Zeit; nach dem Preuß. Ges. v. 4. Aug. 1865 art. 3 bleibt für einzelne Pommern'sche Distrikte das Provinzialrecht bestehen: „der Fischfang in öffentlichen Gewässern ist kein Vorbehalt des Staats". Durch das Preuß. Ges. v. 30. Mai 1874 § 7 ist an Stelle der freien Fischerei hier nicht die Regalität, aber die Berechtigung der Gemeinden getreten: „das Recht zur Ausübung der Binnenfischerei in solchen Gewässern, welche bisher dem freien Fischfange unterlagen, soll den politischen Gemeinden in den innerhalb ihrer Gemarkung belegenen Gewässern zustehen"; § 8: „die Gemeinden können die ihnen zustehende Binnenfischerei nur durch besonders angestellte Fischer oder durch Verpachtung nutzen. Das Freigeben des Fischfangs ist verboten."

[29]) Preuß. Ldr. II. 15. § 73: „der Fischfang in öffentlichen Strömen gehört zu den Regalien". — Ueber Schleswig-Holstein Falck V. S. 154, über Baiern Roth III. § 284 N. 21. — Sächs. G. v. 15. Okt. 1868. § 3 für die Elbe, Zwickauer und Freiberger, sowie die vereinigte Mulde, die weiße Elster, den Gröbler Floßkanal und den Elster-Floßkanal. — Für Würtemberg Reyscher I. § 248 N. 12, für Baden G. v. 29. März 1852. § 1, Braunschweig Steinacker S. 356 f., für Hessen und Mecklenburg Neubauer S. 106—108, für Anhalt G. v. 28. Okt. 1848. § 7 („Eigenthum des Staats").

[30]) Das O. A. G. zu Dresden (Annalen N. F. X. S. 240 ff.) bezweifelt es, daß das Recht in einem Fluß oder auf einer bestimmten Strecke desselben zu fischen, ein Privatrecht sei; auch könne das Fischereirecht nicht als eine persönliche Servitut gedacht werden, weil es an einer körperlichen dienstbaren Sache fehle.

Grundeigenthümern[31]). Ihr Recht geht so weit, als sich ihr Ufer erstreckt; gehören nicht beide Ufer demselben Grundeigenthümer, so hat Jeder das Recht nur bis zur Mitte des Wasserlaufs.

5. Wo bisher die Fischereiberechtigung einer Gemeinde zustand und sämmtliche Einwohner oder Mitglieder der Gemeinde zu fischen berechtigt waren, soll nach den neueren Gesetzen die Fischerei entweder durch angestellte Fischer ausgeübt oder verpachtet werden[32]).

6. Der Umfang der Fischereiberechtigung ist in hohem Grade partikulär. Wer die Fischerei hat, pflegt auch das Recht des Krebsfanges und der Okkupation von andern im Wasser lebenden Thieren zu haben[33]). Dagegen ist die Perlenfischerei in mehreren Staaten regal[34]).

7. Jeder, welcher die Fischerei ausübt, hat sich dabei nach den staatlichen, fischereipolizeilichen Vorschriften zu richten, die Schonzeiten zu beobachten, „keine schädlichen oder explodirenden Stoffe, giftigen Köder oder Mittel zur Betäubung und Vernichtung der Fische u. s. w." anzuwenden[35]). Auch soll nach einigen Gesetzen, wer fischen will, der Aufsichtsbehörde Anzeige machen und sich von ihr eine Bescheinigung geben lassen, welche er beim Fischen stets bei sich zu führen hat[36]). Wenn die Fischerei in den nicht geschlossenen Gewässern den Besitzern der anliegenden Grundstücke zusteht und der selbständige Fischereibetrieb der einzelnen Anlieger mit einer

---

[31]) Preuß. Ldr. I. 9. § 170, Sächs. Ges. § 3, Altenb. Ges. v. 18. Okt. 1865. § 47. Die ältern Beschränkungen der Bauern zu Gunsten der Grundherrschaft und sonstiger Herrschaften (vgl. z. B. Baron in d. Ztschr. f. vgl. Rechtswissenschaft I. S. 285) sind gefallen.

[32]) Sächs. Ges. § 5, Preuß. Ges. § 6, 7 (N. 29), Meining. Ges. art. 1, 2, Badensches Ges. v. 1870. § 2.

[33]) Preuß. Ldr. I. 9. § 174: „Insofern jagdbare Zugvögel, außer der Hegezeit, mit Fischernetzen unter dem Wasser gefangen werden können, ist solches dem Fischereiberechtigten erlaubt", 175: „Alle andern Wasserthiere und Amphibien, welche mit Fischernetzen, Angeln oder mit der Hand im Wasser gefangen werden, gehören dem Fischereiberechtigten".

[34]) So in Sachsen, Kraut § 91. no. 80, Neubauer S. 104, in Baiern Roth III. § 291 N. 40.

[35]) Preuß. Ges. § 21. — Preuß. Ldr. I. 9. § 186. — Vgl. auch StrafGB. art. 296.

[36]) Preuß. Ges. § 16.

wirthschaftlichen Fischereinutzung der Gewässer im Ganzen unvereinbar ist, besteht nach modernen Gesetzen ein Zwang zur Bildung von Fischerei-Genossenschaften[37]).

8. Nur der okkupationsberechtigte erwirbt durch den Fang das Eigenthum an den Fischen. Wer unberechtigt fischt, wird nicht Eigenthümer und muß die gefangenen Fische dem Berechtigten herausgeben[38]). Treten Privatgewässer aus, so darf der Berechtigte die Fische nicht auf dem fremden Grunde verfolgen, sondern wird der Grundbesitzer okkupationsberechtigt[39]).

§ 151. Fortsetzung. Insbesondere an jagdbaren Thieren[1]).

I. Das frei herumstreifende Wild steht in Niemandes Eigen-

---

[37]) Preuß. Ges. § 10.

[38]) Preuß. Ldr. I. 9. § 190.

[39]) Preuß. Ldr. I. 9. § 180—183. Sächs. Ges. v. 15. Okt. 1868. § 4: „die nach dem Rücktritt des Wassers innerhalb seines Grundeigenthums zurückgebliebenen Fische zu fangen und sich zuzueignen steht jedem Grundbesitzer zu." — Die Nürnberger Ref. v. 1522. XXXIV. 2, v. 1564. XXIV. 1 und daraus das Dinkelsbühler Statut v. 1738. II. 17. § 1 (bei Gengler Lehrb. S. 207 N. 8) gab dem Fischereiberechtigten auch das Verfolgungsrecht, wenn „fließende wasser ungewonlichen auff frembde grunde außlauffen."

[1]) Wir folgen v. Gerber § 92, 93 in Rücksicht auf die systematische Stellung des Jagdrechts. Andere handeln von ihm in einem besondern Abschnitt: Regalien, z. B. Eichhorn § 284, 285, Kraut § 87, 88, Roth B. III. § 281, obgleich es heutzutage nicht mehr ein Jagdregal giebt, Beseler § 199 im Landwirthschaftsrecht, wo die verschiedensten Themata außerhalb jedes systematischen Zusammenhanges dargestellt werden.

Ueber die Geschichte des Jagdregals Literatur bei Runde § 148, Mittermaier § 214 N. 18*), Kraut § 86, 87. Hervorzuheben ist: Riccius zuverlässiger Entwurf von der in Teutschland üblichen Jagt-Gerechtigkeit. Nürnberg. 1736. 4°. — Strube vindiciae juris venandi nobilitatis Germanicae. Hildesh. 1739. 4; Nebenstunden I. no. 2. S. 182—296 (hier S. 243 ff. Mittheilungen über die Controverse, wann die Regalität sich entwickelt hat; die Abhandlung ist besonders gegen F. U. v. Cramer gerichtet, welcher sie in eine frühere Zeit setzte), II. no. 11. S. 584—656; Stieglitz (vgl. § 84 N. 13) besonders S. 236 ff., 249 ff., 287 ff., Seibertz das Westfälische Jagdrecht, im Neuen Archiv f. Preuß. R. und Verfahren XIV. S. 525—550, XV. S. 1—61, 171—228, 341—412, 527—578 (1850—1852); v. Maurer Einl. in d. Gesch. der Markenverfassung S. 152 ff., de Goltz de damno ferino ejusque resti-

thum. Doch war nach ursprünglichem Recht[2]) der Grundbesitzer ausschließlich jagdberechtigt mit Bezug auf das Wild, welches sich auf seinem Grunde aufhält; wer in einem fremden Bezirk Wild erlegt, ist strafbar[3]). In den Gemeindewaldungen hatten alle Gemeindegenossen das Jagdrecht (Recht der freien Pürsch)[4]); sie durften aber überdies wohl auch, wenn die Felder abgeerntet waren, in dem ganzen Feldmarkbezirk der Gemeinde jagen[5]). Seit dem 9. Jahrhundert erließen die deutschen Könige mit Bezug auf einzelne, nicht in ihrem Eigenthum stehende Waldungen Befehle, daß in ihnen Niemand, als wem sie dies Recht übertrügen, jagen solle, und wer dagegen handele, strafbar sei[6]); sie forsteten einzelne Wälder ein,

---

tutione. Berol. 1859. p. 4 ff., 20 ff., Thudichum Gau- und Markverfassung. 1860. S. 300 ff., Karl Roth Geschichte des Forst- und Jagdwesens. 1879. — Ueber Holstein Falck III. S. 452—454, über Baiern Stieglitz S. 252 ff., Roth § 281, über Würtemberg v. Wagner das Jagdwesen in Württemberg unter den Herzogen. 1876; über Kurhessen Platner § 28, 29. — Eine Uebersicht über die in den Grimm'schen Weisthümern enthaltenen Bestimmungen giebt Schröder in s. Register zu denselben S. 296 ff.

Ueber ältere Jagdordnungen Stieglitz S. 247 ff.; neuere Gesetze werden unter N. 34 ff. angeführt.

[2]) Gegenüber der für das römische Recht herrschenden Ansicht, daß Jeder auf fremden Grundstücken habe Wild okkupiren dürfen, wenn nicht der Eigenthümer das Betreten seines Bodens verboten hatte, vertheidigt v. Wächter das Jagdrecht und die Jagdvergehen. 1. Abschnitt, Römisches Recht. 1870. S. 340 ff., daß der Dritte, welcher Wild okkupirt, eine widerrechtliche Handlung begehe. Nicht nur das unbefugte Betreten des fremden Bodens, sondern das Jagen selbst sei ein Eingriff in die Rechte des Grundeigenthümers oder Nutzungsberechtigten; vgl. aber gegen ihn Schirmer Ztschr. f. Rechtsgesch. XI. S. 311 ff. und Windscheid § 184 N. 5, für ihn Wendt in Ihering's Jahrbb. XIX. S. 373 ff.

[3]) L. Salica 33. § 1: si quis de diversis venationibus furtum fecerit et celaverit .... culpabilis judicetur; L. Rib. 42. 1.

[4]) Stieglitz S. 26, Seibertz a. a. O. XV. S. 58 ff.

[5]) v. Maurer S. 152 ff., Seibertz XV. S. 183 ff., Thudichum S. 312 f.

[6]) Zahlreiche Belege für das Einforsten bei Hüllmann Stände S. 226 ff., Seibertz a. a. O. XV. S. 8 ff., Waitz Verf.G. IV. S. 109 ff., VIII. S. 257 ff., Kraut § 86. no. 58, 59, Bernhardt G. des Waldeigenthums I. S. 54 ff., 96 ff., Schröder Ztschr. f. Rechtsg. XV. S. 80 f.

Wer den Bann, den Befehl des Königs nicht achtet, verfällt in die Strafe des Königsbanns (60 solidi), Seibertz XV. S. 10 ff., Kraut § 86. no. 62, 74, Sachsensp. II. 61. § 2, Rechtsb. n. Dist. VI. 1. 1, Purgoldt IV. 4,

erklärten sie für Bannforsten[7]), stellten sie unter die Aufsicht ihrer Forstbeamten u. s. w. In Folge ihres Hoheitsrechts hoben sie in ihnen das bisherige allgemeine Jagdrecht auf, während die übrigen Waldnutzungen den bisher Berechtigten verblieben. Mit den andern Regalien wurde das ausschließliche Jagdrecht in einzelnen solchen Forsten den Bischöfen, Aebten und weltlichen Herrn verliehen[8]).

Manchmal wird es erwähnt, daß die bisher jagdberechtigten Personen und Gemeinden ihre Genehmigung zur Einforstung ertheilten[9]), oft aber wurden sie gar nicht gefragt. Ja es erschien die

---

Schwabensp. 236. Andere Geldbußen und Schadensersatz z. B. Grimm R. A. 587 f., Weisth. III. 430. Abs. 4, III. 711, 717. Der Sachsensp. II. 61. § 1 sagt noch, Gott habe dem Menschen Gewalt über Vögel und alle wilden Thiere gegeben; daher könne Niemand an diesen Dingen sein Leben oder seine Gesundheit verwirken. — Aber später soll Wildfrevel so behandelt werden, als ob das Wild aus der Kammer des Jagdberechtigten genommen wäre (Grimm Weisth. III. S. 659) und werden schwere Kriminalstrafen angedroht, Stieglitz § 14 N. 32 ff., § 15, Seibertz XV. S. 14 ff., Grimm Weisth. VI. 377. § 2, 396. § 2—4 u. s. w.

[7]) Daß Forst nicht den Gerichtsplatz in der Mark bedeutet (wie Grimm R. A. S. 794 meint), vgl. Thudichum S. 307 f. Die Ableitung des Worts ist sehr unsicher, vgl. Stieglitz S. 49 N. 6, Grimm Wörterb. IV. S. 3 ff., Bernhardt Gesch. des Waldeigenthums I. S. 50—54. — Bähr der Hessische Wald S. 26 sagt, Forst bedeute ursprünglich Waldschutz. — Statt einforsten sagt man auch hainen, hegen; Hain ist ein gehegter Wald, Freudenstein Waldeigenthum in Schaumburg S. 29. — In einem Tiroler Weisthum (III. S. 310. Z. 33) heißt es: mult- und pannwälder. — Urk. Otto's III. vom J. 992 (Stumpf acta imperii no. 240): VI. regales mansos in foresto nostro ... cum silva una.

[8]) Beispiele von solchen Verleihungen bei Stieglitz S. 60 ff., v. Maurer, S. 429 ff., Kraut § 86; Verleihung des jus forestense, Urk. Otto's I. vom J. 944 (Stumpf acta imperii no. 208).

[9]) Urk. Heinrich's II. v. J. 1018 für Metz (Stumpf no. 267): consensu vicinorum, Kraut § 86. no. 64, 65; Urk. v. J. 1031 in Mon. Boica XXIX a. p. 32 und v. J. 1060 für Würzburg bei Thudichum S. 307; eine Reihe von Beispielen bei Hüllmann S. 228 ff., Schröder Ztschr. f. Rechtsgesch. XV. S. 80 N. 3, Waitz Vf. G. VI. S. 500 N., VIII. S. 260 N. 3. — Beseler § 198. S. 811 behauptet, das Einforsten sei ohne Zustimmung der Betheiligten nur zulässig gewesen, wenn keine Privatrechte verletzt wurden, also bei königlichen und nicht bei okkupirten Waldungen (ähnlich Strube Nebenst. I. S. 194 ff.). Ich glaube, daß der König dies Recht ohne Weiteres in Anspruch

Jagd bereits im frühen Mittelalter als ein nicht sich schon von selbst für die Eigenthümer verstehendes Recht und es kommt öfter vor, daß die Könige ihnen die Jagd auf ihren Grundstücken noch besonders verliehen[10]).

In vielen Gegenden behielten aber die Markgenossen, Dorfgenossen oder Bürger noch weiter das Recht der freien Pürsch; sie dürfen in der gemeinen Mark jagen, soweit nicht der Wald vom König oder, seitdem sich die Landeshoheit entwickelt hat, vom Landesherrn für einen Forst erklärt ist[11]).

II. Gegen den Schluß des Mittelalters treten auch mit Bezug auf die nicht eingeforsteten Jagdgebiete mannigfache Beschränkungen ein.

1. Es wird zwischen den verschiedenen jagdbaren Thieren unterschieden und den Bauern nur die Okkupation gewisser Arten gestattet[12]), während den Landesherrn oder sonst privilegirten Personen die Jagd auf Hochwild vorbehalten bleibt[13]).

---

nahm; sonst wäre es kaum erklärlich, daß die bisher Berechtigten in vielen Fällen auf die Jagd so willig verzichteten und daß in andern von ihrer Genehmigung gar nichts bemerkt wird.

[10]) z. B. Kraut § 86. no. 63, 75, Dronke C. D. Fuld. no. 760. a. 1059.

[11]) R. der Flamländischen Colonie zu Eschershausen bei Hildesheim von 1133—1137 (Böhmer acta Imperii): per ambitus silvarum venari non prohibetur nisi in foresto episcopi, in quo si quis deprehensus fuerit, solidorum amissione delictum corrigat. Westerwolder Ldr. V. § 24 (v. Richthofen S. 266): in die ghemene marck in den lande mach men jagen, waer men wil (vgl. aber auch die Note dazu). — Es dürfen alle, welche in der Mark eignen Rauch haben, jagen, Grimm III. S. 659. — Die Bürger dürfen in der Stadtmark, wann es ihnen beliebt, Hasen, Rebhühner oder Vögel fangen, R. v. Meiningen v. 1450 bei Grimm III. 599. — Wetterauisches W. v. 1401, Grimm III. S. 488. — Nachweisungen bei Stieglitz § 23, Gierke II. S. 249 N. 239, S. 671 N. 76. — Aus späterer Zeit vgl. Grimm III. S. 279. § 5, Kraut § 87 N. 8. — v. Maurer S. 155 behauptet, es habe sich die freie Pürsch am längsten in Schwaben, Tirol und der Schweiz erhalten. Ueber ihre Aufhebung in Würtemberg im 18. und 19. Jahrh. für solche Gemeinden, in welchen sie noch aus alter Zeit bestand, vgl. v. Wächter I. 120, 480, 851, Reyscher § 247 N. 8, 9.

[12]) Die Unterscheidung von hoher und niederer Jagd gehört nicht erst dem 16. Jahrhundert an, wie gewöhnlich angenommen wird, z. B. von Runde § 154, Stieglitz S. 187 f., 279.

[13]) Waitz VIII. S. 262 f., 266 N. 4. — Franken: die Bauern haben

2. Die Bauern sollen nur für den eignen Tisch, aber nicht in der Absicht zu verkaufen jagen[14]).

3. Sie bedürfen noch einer besonderen Verleihung des Jagdrechts[15]).

4. Die Okkupation darf sich nur auf gewisse, besonders schädliche wilde Thiere erstrecken[16]); nur gelegentlich darf auch einmal ein Hase oder Reh gefangen werden[17]).

---

nicht die Jagd auf das hohe wild; schwein, hirsch u. desgl. stehen dem herrn zu (Grimm I. 573 v. J. 1408); sie dürfen nur Hasen und Feldhühner jagen (Grimm VI. 13). — Hessen: einen Hasen mit einem Hunde fangen oder ein Schwein erlegen (Grimm III. 336), einen Hasen mit einem Hunde fangen (Grimm III. 360, 368). — Niedersachsen: die Jagd ist gemein, ausgenommen auf Rehe (Grimm III. 281 v. J. 1551). — Baiern: Gemsen, Hasen, Hühner, Bären, Schweine, Eichhorn u. s. w.; Rothwild und Rothfederspiel gehört in des Herrn Wildbann (Grimm III. 658 v. J. 1431); die Bauern haben den kleinen Wildbann für Füchse, Hasen, Hühner, Vögel (Baier. LO. v. 1493, Kraut § 87. no. 17). — Schwaben: sie können alles Wild fangen ohn allein roth wild, dass sind hürsch, hinden und reher (Grimm I. 384; 387 v. J. 1400, 388); sie können Schwarzwild jagen, daz sint swin oder beren (I. 417); wird zufällig auch ein Rothwild niedergeworfen, so bekommt der Vogt ein Viertel davon (IV. 511. § 5, 6); vgl. auch Grimm V. 227. § 21, 350. § 24—29, 383. § 7, 8; Tirol. Weisth. II. S. 100, 107, 210, 289, 299, 367, 370.

In vielen Stellen aber sind die Jagdberechtigten verpflichtet, von dem erlegten Wild ein gutes Stück oder einen Theil an die Herrschaft abzuliefern. Urk. Ottokar's v. Oestr. v. J. 1254 für ein Kloster (Urk. B. des Landes ob der Enns. III. no. 215): semper dexter armus cujuslibet fere debetur ecclesie ... sicut ex antiquis privilegiis ipse repperitur esse concessum; vgl. auch v. J. 1265. no. 358. — Vom Wildschwein der Kopf, oder Kopf und rechtes Schild, Grimm III. 76. § 7, 336; vom Bären der Kopf und eine Hand, vom Wildschwein ein Schulterblatt u. s. w., (Grimm I. S. 387, 388, 417, III. 336, IV. 511. § 8, V. 29. § 18, 42. § 35, 350. § 24—29, 383. § 8, Tirol. Weisth. I. S. 106. Z. 5, II. S. 367. Z. 15 ff., 370. Z. 27 ff., Salzb. Taidinge S. 208. § 13).

[14]) Grimm I. 384; andere Stellen bei Gierke Genossenschaftsrecht II. S. 250 N. 241.

[15]) Grimm III. S. 111 a. E., 717 a. E.

[16]) Sachsensp. II. 61. § 2: auch in den Bannforsten dürfen Bären, Wölfe, Füchse gejagt werden. — Steir. Taidinge S. 231, 236. Z. 7 ff. — Landfr. Friedrich's I. v. 1156. § 14 (Mon. Germ. II. p. 103): Netze, Schlingen u. s. w., nur um Bären, Eber, Wölfe zu fangen. — Die Baier. LO. v. 1487 (Kraut

Endlich aber erscheint es gar nicht mehr als angemessen, daß der Bauernstand, welcher des Waffenrechts verlustig gegangen ist, noch weiter jagt. Er hat kein Jagdrecht auf der gemeinen Mark und der Gutsherr jagt auf den Aeckern des Bauerguts[18]). Der Stand entscheidet über das Jagdrecht; nur der Adel und der Klerus, höchstens noch der Bürgerstand darf jagen[19]).

Somit hatte sich denn am Schluß des 15. Jahrhunderts das Recht im allgemeinen dahin ausgebildet, daß in den Markwaldungen der Vogtherr, benachbarte Rittergutsbesitzer oder der Landesherr, in den städtischen Feldfluren das Patriziat, auf dem der Ritterschaft und dem Klerus gehörigen Grundbesitz, gleichviel ob sie ihn selbst bewirthschaften oder an Bauern ausgethan haben, der Adel und der Klerus die Jagd herkömmlich ausübten.

Ueber die Art, wie die Jagd auszuüben sei und welche Thiere überhaupt als jagdbar im Gegensatz derjenigen gelten, welche frei okkupirt werden dürfen, wurden von den Landesherrn in Folge der Jagdhoheit, welche sie in ihrem ganzen Gebiet besaßen, partikuläre Normen erlassen[20]).

---

§ 87. no. 16) erlaubt Gruben und Selbstgeschosse, um Füchse und Wölfe zu fangen. — Salzb. Taid. S. 190. Z. 1 ff.: fünf Thiere dürfen unbedingt im Winter und im Sommer, bei Tag und Nacht gefangen werden: Bär, Wolf, Luchs, Fuchs und Iltis, „ausgenommen mit Gift und Selbstgeschoß, so dem Menschen und Thieren sorglich ist", S. 208. § 14.

[17]) Grimm II. S. 28, 50, VI. 671. § 8, Grimm R. A. S. 249. — Fällt in eine zum Fange schädlicher Thiere angelegte Grube anderes Wild hinein, so dürfen es die Märker gegen eine Abgabe behalten, Grimm IV. 511. § 8.

[18]) Stieglitz S. 159, 176 ff., Seibertz XV. S. 223 ff.

[19]) Besonders hervorgehoben als jagdberechtigt werden die ministeriales (Kraut § 87. no. 13) und die zum Heerschild gehörigen, Rechtsb. n. Dist. VI. 1. d. 2. — Bestimmungen aus dem J. 1395 und 1398 bei Thubichum S. 310. — Die Ritterschaft Kraut § 87. no. 14; Ritter, Edelleute und Pastoren Grimm W. III. 491. Abs. 3. — Nur die Ritterschaft, aber nicht der Klerus, Tengler bei Kraut § 87. no. 19. — In Baiern 1520 Verbot für die Bürger, mit Ausnahme der Patrizier, und für das gemeine Volk und die Bauern, Kraut no. 18; ähnlich Elsäss. Pol. O., Kraut no. 28. — Verbot für Bürger und Bauern, außer wenn sie privilegirt sind, Meckl. Pol. O. 1572. Tit. vom Jagen, Abs. 8. Ueber das Jagdrecht der Bürger Pufendorf obs. III. no. 191. — Vgl. auch Stieglitz S. 276 ff., Seibertz XV. S. 226 ff.

[20]) Einiges Detail bei Stieglitz § 36 mit N. 19, Seibertz XV. S. 362 ff.

III. Aber auch für die privilegirten Stände trat besonders seit dem 16. Jahrhundert in vielen Ländern[21]) eine bedeutende Beschränkung ein. Hatten die Landesherrn in früheren Jahrhunderten einzelne Waldungen eingeforstet, so beanspruchen sie jetzt, unterstützt durch die Doktrin der Juristen[22]), innerhalb ihres ganzen Territoriums in weiterem oder mäßigerem Umfange das Jagdregal, in Folge dessen sie die für jagdbar erklärten Thiere nicht bloß auf ihren Domänen oder in den Bannwaldungen, sondern auf allen Grundstücken jagen durften und jeder Andere, um zu jagen, einer besondern landesherrlichen Bewilligung, eines Privilegs bedurfte. Da indessen ein solches landesherrliches Regal nicht auf gemeinem Recht beruhte, wurde von Vielen zu Gunsten des Jagdrechts des Grundeigenthümers präsumirt und gefordert, daß der Landesherr in Streitfällen die Regalität und deren Umfang zu beweisen habe[23]). Wo aber die Regalität feststand, bedurften dritte Personen, um die Jagd auszuüben, eines besondern Titels[24]); abgesehen von landesherrlicher Verleihung, konnten sie sich auf Herkommen oder Verjährung[25]) berufen.

---

[21]) In Mecklenburg blieb es beim Recht der Grundeigenthümer und entwickelte sich kein Jagdregal, z. B. Buchka und Budde Entsch. V. S. 103.

[22]) Stieglitz S. 194 f., 265 ff., Seibertz XV. S. 366 ff., auch Eichhorn Rechtsgesch. IV. § 548 N. d u. e.; ein besonderes Argument war es, daß wenn auch die constitutio de regalibus in II. F. 56 unter den Regalien die Jagd nicht aufführe, sie doch ohne weiteres dazu gehöre, weil bereits piscationes regal seien: si enim, quod minus videtur esse, inest, multo magis et id, quod magis, inerit.

[23]) Strube Nebenstunden I. S. 272 ff., Pufendorf obs. IV. no. 270, Eichhorn § 284, Mittermaier I. § 215. I. — In Mecklenburg bestand kein Jagdregal, Neubauer Zusammenstellungen 1880. S. 91 f., 93.

[24]) Stieglitz S. 290, 292 f.; Kraut § 87. no. 27.

[25]) Einzelne wollten die Entstehung des Jagdrechts durch einfache Verjährung ganz und gar ausschließen; z. B. Biermost in H. Goben Consilia no. 76 mit Bezug auf Jagdrechte auf frembem Grund und Boden; die einzelnen Jagdhandlungen seien actus merae facultatis und der Grundeigenthümer könne sie jeder Zeit verbieten; eine Verjährung könne nur beginnen, wenn solche Handlungen trotz des Verbots vorgenommen würden. — Doch sprach man sich später allgemeiner zu Gunsten der Verjährung aus, Pufendorf obs. IV. no. 270: gegen Private 10, resp. 20 Jahre, gegen den Landesherrn 40 Jahre.

In manchen Ländern beschränkte sich die Regalität auf die sog. hohe Jagd und verblieb die niedere den Rittergutsbesitzern und dem Klerus[26]); in vielen andern wurde die gesammte Jagd regal und durfte der Grundeigenthümer auch die niedere Jagd nur in Folge eines besondern Titels ausüben[27]).

IV. Somit erscheint die Jagdberechtigung je nach den konkreten Verhältnissen entweder a) als ein Recht des Eigenthümers[28]), sei es, daß er α) sein Grundstück auch im übrigen benutzt, sei es, daß β) er in sonstigen Beziehungen die Nutzungen einem Bauern übertragen hat, oder b) als ein Recht an fremdem Grund und

---

— Sächs. Decision v. 1746. no. 4: gegenüber dem Landesherrn unvordenkliche Zeit, gegenüber Privatpersonen 31 Jahre 6 Wochen 3 Tage.

[26]) Die Festsetzung, welche Thiere überhaupt zu den jagdbaren Thieren zu zählen seien und der Unterschied der hohen und niedern Jagd war höchst partikulär; das Preuß. Landr. II. 16. § 32 sagt: „im Mangel anderer Bestimmungen gehören vierfüßige wilde Thiere und wildes Geflügel, insofern beide zur Speise gebraucht zu werden pflegen, zur ausschließenden Jagdgerechtigkeit"; § 33: „Andere wilde Thiere sind in der Regel ein Gegenstand des freien Thierfanges." — Ueber Füchse und einige andere Thiere Gruchot Beitr. XX. S. 559 f., über wilde Kaninchen Erk. des Reichsger. Straff. V. S. 87 ff. — Ueber den Unterschied von hoher und niederer Jagd (in manchen Ländern unterschied man hohe, mittlere und niedere Jagd, Haubold § 236 N. a), vgl. oben N. 12, 13, Stieglitz S. 187 ff., 280 f., Thomas Fulda II. S. 173 ff., Mittermaier I. § 216. — Kraut § 87. no. 14, 21, 22, 26, 52. — Ueber die Frage, ob Fischottern zur Jagd oder zur Fischerei gehören, Runde Beyträge II. S. 451 ff., welcher sich für das letztere entscheidet; nach Preuß. Ldr. I. 9. § 172 gehören Fischottern und Biber zu Jagd. — Beschränkungen des Adels mit Bezug auf das Hochwild, Kraut § 87. no. 13—16, Verbot für den Klerus, Rothwild zu jagen, Grimm III. 677, 679. — Regalität nur der hohen Jagd in Lüneburg 1652 (Grefe II. S. 327), in Würtemberg (Reyscher § 247 N. 18, 19), Baiern (Roth III. § 281 N. 12 ff.). — Ueber Westphalen Seibertz XV. S. 392 ff.

[27]) Kraut § 88. no. 9, 10; seit dem 16. Jahrh. in Sachsen Haubold § 235, Schmidt Vorles. I. S. 183 ff., Altenburg Hesse § 271 ff., Braunschweig Steinacker S. 359, Hannover Grefe II. S. 326 ff., Preuß. Landr. II. 16. § 19 ff. (über einzelne Preuß. Provinzialrechte Mittermaier I. § 214 N. 18); weitere Nachweisungen bei Mittermaier I. § 215 N. 14. — Preuß. Ldr. II. 16. § 40: „Unter der Jagdgerechtigkeit, welche den Rittergütern gewöhnlich beigelegt ist, wird in der Regel nur die niedere Jagd verstanden"; übereinstimmend alte sächs. Praxis bei Emminghaus S. 458. no. 12, 13.

[28]) Gleichzustellen ist die Jagdberechtigung des Vasallen.

Boden. In den beiden ersten Fällen (α, β) charakterisirt sich das Jagdrecht als Ausübung des Eigenthums, zu welcher aber möglicher Weise noch landesherrliche Genehmigung oder Verleihung erfordert wird. In Betreff des Jagdrechts auf fremdem Grund und Boden (b) besteht Streit, ob es als eine Servitut und dann, ob als Prädial- oder Personalservitut aufzufassen sei[29]). Eine Prädialservitut ist es nicht, weil das Recht nicht zu Gunsten eines praedium dominans, sondern zum Vortheil der Person des Berechtigten ausgeübt wird, eine Personalservitut nicht, weil es vererblich ist; vielmehr ist das Jagdrecht auf fremdem Boden ein dingliches Recht selbständigen deutschen Ursprungs, welches nicht unter eine römischrechtliche Analogie gebracht werden darf.

In den Fällen, in welchen der Eigenthümer oder Besitzer einem Andern auf seinem Grundstück zu jagen gestatten muß (β, b), darf er nichts thun, wodurch er dem Berechtigten die Ausübung seiner Gerechtigkeit unmöglich macht oder schmälert, und hat er die Vornahme aller der Handlungen zu dulden, welche für diese Ausübung erforderlich sind[30]). Andererseits soll der Berechtigte den Wildstand nicht übermäßig hegen, den durch das Wild verursachten größeren Schaden dem Grundbesitzer ersetzen (unten III. § 202. III.), bei Ausübung der Jagd sich nach den Jagdgesetzen und Jagdpolizei-

---

[29]) z. B. das Jagdrecht sei nach den Grundsätzen über Servituten zu beurtheilen Pr. Ldr. I. 9. § 158; dies leugnet z. B. Seuffert X. no. 73, 74. Vgl. auch Gaill II. 66. § 1, 2.

[30]) Er soll das Wild nicht verscheuchen, Kraut § 87. no. 16, 88, no. 9, nicht durch Zäune von seinem Acker fern halten, v. Wächter Würtemb. R. I. S. 121 N. 11, S. 482 N. 20. — Anderwärts wird es gestattet, das Wild zu vertreiben, ohne ihm Schaden zu thun, Kraut § 88. no. 11, de Goltz p. 43 f., v. Wächter I. S. 121 N. 10, 483 N. 22, Steinacker S. 362 f., Preuß. Ldr. I. 9. § 141, Gothaisches Ges. v. 26. Mai 1830. § 1 („Jeder Grundbesitzer oder Stellvertreter desselben ist berechtigt, zur Abtreibung des Wildes von seinen Grundstücken geeignete Maßregeln zu ergreifen; nur dürfen diese Schutzmittel nicht den Zweck haben, das Wild zu beschädigen, zu fangen oder zu tödten"). — Er soll den Wald nur in regelmäßiger Forstkultur benutzen und nicht ausroden, so daß die Jagd dadurch unmöglich würde, Gaill II. 67. § 5 ff.; vgl. auch oben § 84 N. 18. — Der Grundbesitzer mußte dulden, daß der Berechtigte Jagdhäuser baut, Vogelheerde errichtet, Salzlecken anlegt u. s. w., Strube Bedenken II. no. 57.

ordnungen richten, nur in den gesetzlich festgestellten Zeiten (in den offnen, im Gegensatz zu den geschlossenen Zeiten oder der Schonzeit[31])) und unter Beobachtung der jagdmäßigen Regel[32]) und der erforderlichen Vorsicht[33]) jagen.

V. In der neueren Zeit ist das Jagdrecht in den meisten deutschen Staaten vollkommen umgestaltet worden[34]). Unter Beibehaltung der dem Staat zustehenden Jagdhoheit, in Folge deren er Bestimmungen über die Schonzeit des Wildes[35]), über die Art der Ausübung der Jagd aufstellt, ist das Jagdregal und das als dingliches Recht bestehende Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden aufgehoben und die Jagd für ein Recht des Grundeigenthümers erklärt worden, welcher es ohne besondere Verleihung ausüben darf; damit ist zugleich der Unterschied der hohen und niedern Jagd gefallen[36]). Es sind hier einige Einzelnheiten aus den mehr oder weniger übereinstimmenden neueren Gesetzen hervorzuheben:

---

[31]) z. B. Frankf. Ref. IX. 9. § 2, 4, 5, Haubold § 237 N. a, Preuß. Lbr. II. 16. § 45 ff., Preuß. Kab. O. v. 18. Nov. 1841, Ges. v. 26. Febr. 1870, Sächs. G. v. 22 Juli 1876.

[32]) z. B. Frankf. Ref. IX. 9. § 3.

[33]) z. B. nicht schießen in der Nähe von Wohnungen, Frankf. Reform. IX. 9. § 7.

[34]) Maßgebend waren dabei die Grundrechte des deutschen Volks § 37: „Im Grundeigenthum liegt die Berechtigung zur Jagd auf eigenem Grund und Boden. Die Jagdgerechtigkeit auf fremdem Grund und Boden, Jagddienste, Jagdfrohnden und andere Leistungen für Jagdzwecke sind ohne Entschädigung aufgehoben. Nur ablösbar jedoch ist die Jagdgerechtigkeit, welche erweislich durch einen lästigen, mit dem Eigenthümer des belasteten Grundstücks abgeschlossenen Vertrag erworben ist; über die Art und Weise der Ablösung haben die Landesgesetzgebungen das Weitere zu bestimmen. Die Ausübung des Jagdrechts aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und des gemeinen Wohls zu ordnen, bleibt der Landesgesetzgebung vorbehalten. Die Jagdgerechtigkeit auf fremdem Grund und Boden darf in Zukunft nicht wieder als Grundgerechtigkeit bestellt werden." — Vgl. Rösler Verwaltungsrecht I. § 206—208.

[35]) z. B. Preuß. Ges. v. 26. Febr. 1870 über die Schonzeiten des Wildes.

[36]) Neubauer Zusammenstellung des in Deutschland geltenden Rechts betreffend verschiedene Rechtsmaterien (Expropriation, Forstrecht, Jagdrecht u. s. w.). 1880. S. 85—102; Zusammenstellung u. s. w. 1881. S. 98 f. — Neuere Jagdgesetze sind: für Preußen Ges. v. 31. Okt. 1848, 7. März 1850. — Baiern v. 4. Juni 1848, 30. März und 15. Juni 1850. — Würtemberg v. 17. Aug. 1849, 27. Okt. 1855. — Königreich Sachsen 1. Dez. 1864. — Baden vom

1. Die Frage, welche wilden, nicht im Privateigenthum stehenden Thiere Objekt der Jagdberechtigung sind, und an welchen wilden Thieren das freie Okkupationsrecht besteht[36a]), ist nach den partikularrechtlichen Normen zu beantworten (oben N. 26).

2. Das Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden wird in vielen Gesetzen einfach aufgehoben[37]), in andern für ablösbar erklärt[38]).

---

2. Dez. 1850. — Schleswig-Holstein v. 17. April 1848 (genaueres v. Stemann II. S. 379 f.). — Hannover v. 29. Juli 1850 (Bening in d. Ztschr. f. d. ges. Staatsw. XIII. 1857. S. 431—460) und 11. März 1859 (Grefe II. S. 332 ff.). — Nassau VO. v. 30. März 1867. — Großherzogth. Hessen 26. Juli 1848 (vgl. Hoffmann Arch. f. prakt. R. W. I. 2. S. 108 ff.), 2. Aug. 1858. — Weimar vgl. Neubauer S. 92 f. — Oldenburg das. S. 93 f. — Braunschweig 8. Sept. 1848, 16. Apr. 1852, 1. Apr. 1879. — Koburg 2. Apr. 1849. — Gotha 20. Nov. 1848, 17. Aug. 1849. — Altenburg 3. Aug. 1850, 22. Febr. 1854. — Anhalt-Dessau und Köthen v. 20. Dez. 1848 und für ganz Anhalt v. 22. Apr. 1870. — Schwarz. Sondershausen v. 17. Febr. 1870 u. s. w. (vgl. auch die folgenden Noten).

In manchen Ländern wurde 1848 das Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden aufgehoben, aber bald wieder in der Reaktionszeit hergestellt. Doch sind diese wiederherstellenden Bestimmungen meistens später beseitigt und ist das Jagdrecht dem Grundeigenthümer zurückgegeben worden, z. B. in Nassau, wo durch Ges. v. 9. Juni 1860 das Jagdrecht der früher Berechtigten wieder hergestellt war, durch das Preuß. Ges. v. 30. März 1867. — In Lippe war das Jagdrecht auf fremdem Grunde aufgehoben durch Gesetz v. 14. Aug. 1849; dies Gesetz und die gesammte folgende Jagdgesetzgebung wurde unter Wiederherstellung des früheren Zustandes durch die fürstl. VO. v. 8. Mai 1854 aufgehoben; jetzt Ges. v. 29. Juni 1872 (vgl. folg. Note). — In Kurhessen Aufhebung mit Entschädigung durch Ges. v. 1. Juli 1848; Wiederherstellung durch VO. v. 26. Jan. 1854: die früher Berechtigten treten gegen Zurückerstattung der Entschädigung in ihre frühere Berechtigung wieder ein; nach dem Ges. v. 7. Sept. 1865 Ablösbarkeit; Aufhebung durch Preuß. Ges. v. 1. März 1873. — Schwarzburg-Sondershausen: Aufhebung durch Ges. v. 12. Sept. 1848, Wiederherstellung durch Ges. v. 11. Juli 1857, wieder aufgehoben durch Ges. v. 16. Febr. 1870 (das Kammergut wird durch einmalige Zahlung von 30,000 Thlrn., die Privatberechtigten werden nach einer Taxe entschädigt). — Ueber Anhalt vgl. N. 37.

[36a]) Insbesondere an den eigentlichen reißenden Thieren, Wölfe, Luchse. — Vgl. auch oben § 150. I.

[37]) Preuß. Ges. v. 1848. § 1, Baier. v. 4. Juni 1848, Gotha 24. Nov. 1848, Koburg 10. Apr. 1848, 2. Apr. 1849, Schwarzb. Rud. 4. Dez. 1848.

3. Es soll künftighin kein Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden als dingliches Recht bestellt werden. Nur die Verpachtung ist zugelassen[39]).

4. Die Ausübung der Jagd ist dem Grundeigenthümer nur unter der Voraussetzung gestattet, daß sein Grundbesitz ein bestimmtes Minimum von Flächeninhalt hat[40]). Die kleineren Güter in einer

---

— In Würtemberg verzichtet durch Ges. v. 27. März 1848 die Regierung auf ihr Jagdrecht; das Ges. v. 17. Aug. 1849 spricht die allgemeine Aufhebung aus; für die titulo oneroso erworbenen Jagdrechte soll eine Entschädigung eintreten. — Durch das Altenburg. Ges. v. 24. Sept. 1848 war das Jagdrecht auf fremdem Grunde aufgehoben; das Ges. v. 22. Febr. 1854 u. v. 8. Dez. 1855 führt eine Entschädigung der früher Berechtigten ein; die Besitzer der früher jagdpflichtigen Grundstücke sollen 4/5, der Staat 1/5 zahlen. — In Meiningen entsagt durch Ges. v. 1. Sept. 1848 der Domänenfiskus seinem Recht zu Gunsten der Eigenthümer. — Weimar: Aufhebung durch Ges. v. 6. Jan. 1849; nachträglich wird durch Ges. v. 22. Apr. 1862 eine Entschädigung aus der Staatskasse bewilligt. — Aufhebung in Anhalt-Dessau und Köthen durch Ges. v. 16. Nov. 1848 (vgl. auch die Verfassung § 29); durch Ges. v. 24. Aug. 1853 wurden die fremden Jagdrechte wieder so hergestellt, „wie solche bis zum J. 1848 bestanden" hatten; dann wieder Aufhebung durch Gesetz v. 22. Apr. 1870: für den Fiskus findet keine Entschädigung statt, aber die privaten Berechtigten werden aus der Staatskasse entschädigt. — In Lippe (vgl. vorige Note) wird durch Ges. v. 16. Mai und 29. Juni 1872 das landesherrliche Jagdregal ohne Entschädigung aufgehoben; Privatberechtigte sollen aus Staatsmitteln entschädigt werden. — Preuß. Ges. für Nassau v. 30. März 1867. § 2: das fiskalische Jagdrecht wird ohne Entschädigung aufgehoben; „den zur Jagd auf fremdem Grund und Boden bisher berechtigten Gemeinden, Corporationen, Instituten, Standesherrn, Gutsbesitzern und andern Privaten wird aus der Landeskasse eine Entschädigung gewährt."

[38]) Hannover Ges. v. 1850 (Grefe II. S. 333), Schlesw.-Holstein VO. v. 8. Febr. 1854 (v. Stemann S. 380), Sachsen Ges. v. 1858 (Schmidt S. 185), Braunschweig Ges. v. 8. Sept. 1848, Baden Ges. v. 2. Dez. 1850. § 1, 6, Schaumburg-Lippe Bekanntm. v. 28. Febr. 1850: durch die Bestimmungen der National-Versammlung des J. 1848 u. 1849 sei am bisherigen Jagdrecht nichts geändert; das Ges. v. 6. Mai 1870 führt die Ablösbarkeit ein; vgl. auch die Gesetze v. 7. und 9. Mai 1870.

[39]) Preuß. Ges. v. 1848. § 2. — Verpachtungen von Seiten der Gemeinde sollen mindestens auf drei, höchstens auf 12 Jahre und nie an mehr als drei Personen erfolgen, Preuß. Ges. v. 7. März 1850. § 10, 12.

[40]) Preuß. Ges. v. 1850. § 2 mindestens 300 Morgen, welche durch kein fremdes Grundstück in ihrem Zusammenhang unterbrochen werden. — Baier. Ges. vgl. Kraut § 87. no. 29, Roth III. § 281. S. 130 N. 45, S. 131.

Gemeinde sollen zu einem oder mehreren Jagdbezirken von bestimmter Größe zusammengeschlagen und die Jagd auf ihnen entweder verpachtet oder durch einen Jäger ausgeübt werden[41]).

5. Das Recht der freien Pürsch auf dem Gemeindeland oder im Gemeindewald ist aufgehoben[42]); die Gemeinden sollen die Jagd entweder verpachten oder durch einen angestellten Jäger ausüben.

6. Gehört ein Gut mehreren Personen zusammen, so darf die Jagd nur von einer bestimmten kleineren Zahl ausgeübt werden[43]).

7. Wer die Jagd als Eigenthümer, Pächter, angestellter Jäger oder auf Einladung des Jagdberechtigten ausüben will, hat gegen eine bestimmte Abgabe an den Staat einen Jagdschein zu lösen[44]). Jagdberechtigt ist der Eigenthümer, aber zur Ausübung des Rechts ist er nur befugt, wenn er den Jagdschein gelöst hat.

8. So wie der Jagdberechtigte die Schonzeit zu beachten hat, so darf er andererseits das Wild auch nicht übermäßig hegen[45]).

---

[41]) Vgl. über derartige Vereinigungen v. Brünneck die Jagdgenossenschaften 1867; auch Gierke Genossenschaftsrecht I. S. 769 f. — Solche Verbände gehen in ältere Zeiten zurück; die älteste gesetzliche Regulirung erfolgte 1814; maßgebend wurde das rheinpreuß. Gesetz v. 17. Apr. 1830. — Den kleineren Grundbesitzern steht im allgemeinen das Jagdrecht an sich zu, aber fehlt das Recht der Jagdausübung. Die Genossenschaften erscheinen nach einzelnen Rechten als besondere juristische Personen, nach andern als communiones, nach dritten wird die Genossenschaft durch die Gemeinde vertreten.

[42]) Nach dem Hannöver'schen Gesetz von 1850 blieb die freie Pürsch noch bestehen, wo sie herkömmlich war, Grefe II. S. 333.

[43]) Preuß. Ges. v. 1850. § 3: gehört das Gut mehr als drei Personen, so kann die Ausübung höchstens dreien übertragen werden oder sie sollen die Jagd durch einen angestellten Jäger ausüben oder verpachten. — Die ältern Bestimmungen des Preuß. Ldr. I. 9. § 165—168 über die Koppeljagd, bei welcher Mehrere auf demselben Grundstück jagdberechtigt sind, und über die Beschränkungen, welche sich der Einzelne in Rücksicht auf die Andern auferlegen soll, sind aufgehoben; vgl. auch Mittermaier I. § 221. — Gothaisches Mand. v. 27. Mai 1830 zur Beförderung der Aufhebung der Koppeljagden.

[44]) Nach dem Preuß. Ges. v. 1850. § 14 hat er einen für ein Jahr gültigen Jagdschein für einen Thaler zu erwerben. — Kraut § 87. no. 32.

[45]) Wenn ein Jagdberechtigter seinen Wildstand übermäßig hegt, haben nach Preuß. Recht allerdings die Nachbarn kein Recht auf Ersatz des Schadens, welchen das Wild ihren Feldern thut, aber der Landrath kann ihn zur Ab-

VI. 1. Auch nach dem neueren Recht, welches dem Grundeigenthümer das Jagdrecht zurückgiebt, stehen die auf dem Jagdbezirk des Berechtigten sich aufhaltenden jagdbaren Thiere nicht in seinem Eigenthum[46]), sondern sind res nullius[46a]). Doch ist — abweichend vom Römischem Recht — nur der Grundeigenthümer oder derjenige, welcher von ihm sein Recht ableitet, okkupationsberechtigt und erwirbt nur er durch Okkupation Eigenthum an dem herrenlosen Thier[46b]). Die Okkupation erscheint als vollendet, wenn das Thier todt oder lebendig in die Gewalt des Jagenden gekommen ist[47]).

Wer auf seinem Revier ein Thier aufgejagt und mit der Okkupation desselben begonnen hat, durfte es nach älterm Recht auf das Revier des Nachbars hin verfolgen (Recht der sog. Jagdfolge) und dort die Okkupation vollenden[48]). Nach neueren Gesetzen gilt

---

schießung des übermäßigen Wildes während der Schonzeit auffordern, resp. den Nachbar autorisiren, das austretende Wild zu tödten, Ges. v. 1850. § 23, 25; vgl. auch unten III. § 202. III.

[46]) de Goltz p. 27 seqq. Anders wenn sie sich innerhalb eines Geheges befinden.

[46a]) Dasselbe gilt auch von dem ohne jagdmäßige Erlegung innerhalb des Jagdbezirks des Berechtigten verendeten Wild, dem sog. Fallwild. Dasselbe ist nicht durch seinen Tod Eigenthum des Jagdberechtigten geworden, Erk. d. RchsG. Straff. V. S. 281; vgl. auch unten N. 51.

[46b]) In Ermangelung entgegengesetzter Vorschrift erstreckt sich die Jagdberechtigung nur auf das Wild selbst, nicht auf das abgeworfene Geweih des Wildes; dieses ist res nullius und kann daher von Jedem okkupirt werden, Erk. d. Berl. O. Trib. (Hartmann Ztschr. f. öff. R. II. S. 264).

[47]) Frider. I. const. pacis 1158. § 22—25 (Mon. LL. II. p. 108): Si quis venatus fuerit cum canibus venaticis, feram, quam invenerit et canibus agitaverit, sine alicujus impedimento habebit. Si quis per canes leporarios feram fugaverit, non erit necessario sua, sed erit occupantis. Si quis lancea vel gladio feram percusserit, et antequam manu levaverit, alter occupaverit, non occupantis erit; sed qui occiderit eam, sine contradictione obtinebit. Si quis hirsando feram balista vel arcu occiderit, ejus erit. — Preuß. Ldr. I. 9. § 128, 129. — Erk. d. RchsGer. vom 24. Okt. 1879 (Hartmann Ztschr. f. öff. R. VI. 1880. S. 57 f.) über die Frage, wann die Okkupation eines Fuchses vollendet ist, welcher an von dem Jagdberechtigten gelegtem Gift verendete.

[48]) Die Volksrechte kennen nicht die eigentliche Jagdfolge, bestrafen aber denjenigen, welcher das von einem Andern aufgejagte Wild erlegt, L. Salica ed. Merkel nov. 98 u. 211, ed. Behrend XXXIII. Zus. 1 u. 2. — Ed. Rothari

die Jagdfolge nicht mehr und ist jedem die Ausübung der Jagd nur auf seinem Revier gestattet[49]).

2. Der Jagdberechtigte ist nach deutschem Recht in dem Sinne ausschließlich jagdberechtigt, daß, obgleich das Wild res nullius ist, jeder Andere unfähig ist, durch Okkupation Eigenthümer zu werden. Wer unberechtigt Wild erlegt, begeht nicht bloß einen Jagdfrevel, sondern wird auch nicht Eigenthümer des Wildes[50]). Andererseits

---

314: Si cervus aut qualibet fera ab alio hominem sagittata fuerit, tamdiu illius esse intellegatur, qui eam sagittavit, usque ad aliam talem horam diei aut noctis, id est oras viginti quattuor, quo eam posposuit et se turnavit. Nam qui eam post transactas predictas horas invenerit, non sit culpavelis, sed habeat sibi ipsa fera, vgl. auch c. 311, 312. — Dagegen besteht die Jagdfolge nach Sachsensp. II. 61. § 4: Jaget en man en wilt buten deme vorste (dem Bannforst, in welchem er kein Jagdrecht hat) unde volgent ime die hunde binnen den vorst, die man mut wol volgen, so dat he nicht ne blase noch die hunde nicht ne grute, unde he ne missedut dar nicht an, of he san dat wilt veit; sinen hunden mut he wol wederrupen. — Vgl. auch Schwabensp. 236 (mit großen Unklarheiten und der Neigung, sich an's Röm. Recht anzulehnen; vgl. auch Homeyer Stellung des Sachsenspiegels S. 77 ff.), Purgoldt V. 4, Grimm Weisth. I. S. 384 f. (man darf mehrere Tage hindurch dem Wild nachziehen); vgl. über das ältere Recht Stieglitz S. 27, 72, 138 N. 15, 185 f., 294 f., Waitz Verf. G. VIII. S. 263 N. 2, auch v. Amira Obl. Recht I. S. 749. — Im spätern Recht galt es unter vielfachen partikulären Modalitäten: Strube Bedenken II. no. 140, Pufendorf obs. III. no. 192, Runde § 159, Mittermaier § 218. — Oberlaus. Ges. v. 1765 bei Hommel rh. 68. § 3. — Hausgesetz v. Reuß j. L. v. 1668 (Schulze Hausgesetze II. S. 322). — Emminghaus S. 457 N. 6 bis 11; Haubold § 237 N. c, Kümpel § 210, Sachse § 378, Heimbach § 224 N. 10, 11. — Preuß. Ldr. I. 9. § 130—140. — Nur auf Grund besonderer Berechtigung zulässig Steinacker S. 366.

[49]) z. B. Kraut § 88. no. 6, 7, Sächs. Ges. v. 1. Dez. 1864. § 33.

[50]) Sächs. GB. § 231: „Herrenlose Sachen, bei welchen ein ausschließliches Recht der Zueignung in Bezirken oder auf einzelnen Grundstücken besteht, kann nur der Berechtigte durch Besitzergreifung eigenthümlich erwerben", v. Brünneck das heutige Jagdrecht und der Eigenthumserwerb an widerrechtlich erlegtem Wild, Arch. f. civ. Praxis Bd. 48 (1865) S. 90 ff. — Abweichend das Würtemb. Jagdgesetz v. 27. Okt. 1855. § 7: „das erlegte Thier gehört dem Erleger", § 18: „der Wilderer ist zur Ablieferung des getödteten Wildes an den Beschädigten verbunden"; Reyscher II. § 288 N. 3; dieser Meinung ist auch Walter § 126 N. 3, Thon Rechtsnorm und subjektives Recht S. 337 N. 19 und die offizielle Aufzeichnung über das Elsaß-Lothringische Recht bei Neubauer S. 100. —

erwirbt aber auch nicht der Jagdberechtigte an dem von einem Wilderer erlegten Thier Eigenthum, indem derselbe als unfreiwilliger Repräsentant des Berechtigten erschiene und der Vindikation desselben ausgesetzt wäre[51]). Vielmehr hat der Jagdberechtigte nur eine Delikts-[52]) und Schadensersatzklage[53]); er ist beschädigt dadurch, daß die Sache, welche zu okkupiren er ein ausschließliches Recht hat, von einem Dritten in Besitz genommen und ihm ihre freie Okkupation unmöglich geworden ist, und kann Ersatz dafür, resp. die Herausgabe des erlegten Thiers von dem Wilderer fordern. Eigenthümer wird er erst durch die faktische Besitznahme des Wildes.

Willkürlich ist die Annahme von Bluntschli § 71. no. 5, daß wer vom Wilderer in bona fide kaufe, Eigenthum erwerbe. Es kann dies doch nur gelten, wo die allgemeinen Voraussetzungen vorhanden sind, unter denen ein bonae fidei Erwerber auch von dem Nicht-Eigenthümer Eigenthum erlangt.

[51]) Dies ist die Ansicht von v. Gerber § 93 N. 1 in den früheren Auflagen, Beseler § 89 N. 15, Schütze in Bekker's Jahrb. VI. S. 61 ff., besonders S. 91 ff., 103 ff., v. Brünneck de dominio ferarum, quae illicite capiuntur. Halis 1862. p. 56 ff., derselbe im Arch. f. civ. Pr. a. a. O. S. 96 ff. und in Gruchot's Beiträgen XVI. S. 182 ff., besonders S. 203 f., Förster Preuß. Privatrecht III. § 174 N. 9, Windscheid § 184 N. 5[b], Platner kurhess. Sachenrecht S. 122 N. 8. Zu einem gleichen Resultat führt die Ansicht von Bekker in s. Jahrb. VI. S. 115 und von K. Roth in der krit. Vierteljschr. V. S. 542 ff., besonders S. 550 ff., 554 ff., daß das Jagdrecht auch das Eigenthum an allem Wilde umfaßt, welches auf diesem Gebiet von irgend wem erlegt wird oder sonst verendet; der Jagdberechtigte habe festes Eigenthum an solchem Wild, welches, ohne daß er darum weiß, in seinem Bezirk festgelegt und nicht mehr bewegungsfähig ist; er werde Eigenthümer auch ohne Okkupation, ohne daß er den Besitz erlangt habe. Vgl. dagegen N. 46[a].

[52]) Dtsch. Strafges. B. § 292—295. — Diebstahl hat der Wilderer nicht begangen, da der Jagdberechtigte nicht bereits ein Recht an dem Thiere hatte.

[53]) So v. Gerber § 93 N. 1 in den neueren Ausgaben, Schmidt Vorlesungen I. S. 188, Dernburg I. § 229 N. 8 (er nimmt an, daß der Berechtigte, so lange sich das Wild in den Händen des Wilderers oder dritter Personen befindet, welche Kenntniß vom Jagdfrevel hatten, ein Aneignungsrecht habe, wie wenn es sich noch auf seinem Jagdrevier aufhielte); v. Ihering in s. Jahrbb. X. S. 472 ff. äußert sich nur negativ dahin, daß der Jagdberechtigte nicht schon durch den Wildfrevel Eigenthümer geworden sei.

§ 152. Eigenthumserwerb an Früchten[1]).

I. Da die auf dem Felde wachsenden, die an den Bäumen hängenden Früchte u. s. w. vor ihrer Trennung keine selbständigen Sachen sind, stehen sie im Eigenthum dessen, welcher Eigenthümer vom Grund und Boden ist. Im Gegensatz gegen diese dem römischen und dem modernen Recht angehörige Auffassung schrieb man ihnen aber häufig in älterer und neuerer Zeit in solchen Fällen, in welchen ein Anderer als der Grundeigenthümer ein Recht darauf hat, sie zu ernten, schon vor ihrer Trennnung eine selbständige juristische Existenz zu und erklärte besonders mit Bezug auf die fructus industriales, daß derjenige, welcher ein Recht auf die Nutznießung des Bodens hat, die Früchte verdient, ein definitives Recht auf sie erworben habe, sobald er die für die Bestellung des Bodens, für die Pflege der Weinstöcke und Obstbäume erforderliche Arbeit gethan habe (wer säet, der mäht)[2]). Ohne Rücksicht darauf, wer zur Zeit der Ernte die Herrschaft über das Land hat, sei der Säende

---

[1]) G. E. Heimbach die Lehre von der Frucht. 1843. — Stobbe Beiträge z. Gesch. des d. Rechts. 1865. S. 59 ff., 65 ff. — Krämel über den redlichen Besitz und dessen Folgen in Beziehung auf den Fruchterwerb nach deutschem Recht, im Arch. f. civ. Pr. Bd. 58. 1875. S. 261—276. — Vgl. auch oben § 79. 3.

[2]) Sachsensp. II. 58. § 2 . . . des mannes sat, die he mit sime pluge wirkt, die is verdenet, als die egede dar over gat, unde die garde, als he geseit unde geharket ist; III. 76. § 4; Deutschensp. 171; Schwabensp. 218ᵃ; Rechtsb. n. Dist. II. 5. d. 1, Purgoldt II. 88, Const. Sax. III. 32 und demgemäß auch nach späterm sächsischem Recht, Haubold § 183. — Sächs. Ges. B. § 76: „Wer auf Früchte einer Sache bis zu einer Zeit berechtigt ist, hat bei natürlichen Früchten, welche blos durch die Natur hervorgebracht werden, Anspruch auf diejenigen, welche während dieser Zeit von der Hauptsache getrennt worden sind. Bei natürlichen Früchten, welche durch Verwendungen auf deren Gewinnung hervorgebracht werden, hat er Anspruch auf diejenigen, bei welchen die Verwendungen in die Zeit seiner Berechtigung fallen, selbst wenn die Trennung von der Hauptsache nach dieser Zeit fällt. Fallen die Verwendungen nur zum Theil in diese Zeit, so hat er nur nach dem Verhältnisse, in welchem der Betrag seiner Verwendung zu dem Gesammtbetrage der Verwendung steht, ein Recht auf einen Theil der Früchte."

berechtigt, das Eigenthum der Früchte durch die Ernte zu erwerben[3]).

In den Quellen werden besonders folgende Fälle dafür hervorgehoben, daß der Säende selbst oder seine Erben auch nach der Beendigung ihres Rechts am Grundstück ein Recht auf die Früchte haben[4]):

a) der Ehemann hat durch den Tod seiner Frau das Nutzungsrecht an ihrem Acker verloren; er darf doch die Früchte des von ihm bestellten Ackers ernten[5]);

b) der Ehemann stirbt und seine Frau erhält an seinem Gut ein Leibzuchtsrecht; seine Erben haben dann das Recht der Ernte[5a]);

c) wenn nach dem Tode des Vasallen der landrechtliche Erbe nicht das Lehn erbt, hat er doch ein Recht auf die Früchte[6]);

d) wenn nach dem Tode des Altentheilsberechtigten das Nutzungsrecht wieder an den Bauergutsbesitzer zurückfällt, haben die Erben des ersteren das Recht auf die Ernte[7]);

e) der Retraktpflichtige darf noch die Früchte des an den Retrahenten herauszugebenden Grundstücks ziehen[8]).

Doch fehlt es auch schon im ältern Recht nicht an Aussprüchen, wonach der Eigenthümer oder die sonstige Person, an welche das

---

[3]) Daß der zur Nutzung Berechtigte schon vorher Eigenthümer sei, wird nur nach wenigen Quellen anzunehmen sein, vgl. oben § 79 N. 9 ff. — Abweichend sagt Heimbach S. 282, daß das deutsche Recht „einen Eigenthumserwerb schon vor der Separation" annehme. Richtig dagegen Delbrück dingliche Klage S. 29.

[4]) Die Quellenstellen sind angeführt bei Stobbe S. 70.

[5]) Stobbe S. 70, v. Martitz ehel. Güterrecht S. 118 ff., S. 298 N. 31, Schröder ehel. Güterrecht II. 3. S. 15 f., Emminghaus S. 338. no. 28, 30, 32.

[5a]) Stobbe S. 70. Nach dem Trierer Landr. VIII. § 2 haben, wenn die Leibzucht sich endet, die beiden Personen die Früchte zu theilen.

[6]) Oben § 127 N. 16 ff.

[7]) Seuffert XXVIII. no. 232 (Holstein'sche Sache).

[8]) Oben § 89 N. 31. — Das Brünner Schöffenb. c. 279 behauptet auch, daß überhaupt der Verkäufer die Früchte ernten dürfe, wenn sie im Vertrage nicht ausdrücklich mitverkauft wären. — Ein Bernburg. Ges. v. 29. Okt. 1772 wendet den obigen Grundsatz auf die Auseinandersetzung zwischen dem neuen Pfarrer und der Pfarrwittwe an, Heimbach § 183 N. 3.

Gut fällt, die Früchte desselben erntet und dem Andern nur die Aussaat und sonstigen Verwendungen zu ersetzen hat[9]).

Im neueren Recht gelten, abgesehen von dem Preußischen Landrecht und dem Sächsischen Gesetzbuch[10]), durchgehends die dem Römischen Recht entsprechenden Sätze: wer die Früchte angebaut hat, besitzt, wenn sein Recht am Grundstück vor der Ernte ein Ende nimmt, kein Recht auf ihren Erwerb, sondern hat nur Anspruch auf Ersatz des Aufwandes, welchen er auf die Sache durch Saat oder Arbeit gemacht hat[11]).

II. Während nach Römischem Recht der bonae fidei possessor dem Eigenthümer außer der Sache die fructus exstantes, die von ihm gezogenen, aber noch nicht konsumirten Früchte restituirt, brauchte er nach deutschem Rechte dieselben nicht herauszugeben und konnte überdies die Früchte, welche er durch Bestellung des Ackers vor erhobener Klage verdient hatte, gegen Zahlung eines Pachtschillings genießen[12]). Eine Nachwirkung dieser Auffassung zeigt sich in meh-

---

[9]) Grimm Weisth. III. S. 197 unten, R. v. Emmerich tit. 26. § 1 (Ztschr. f. R. G. X. S. 201); Quellenstellen bei Runde Leibz. S. 105. § 6, S. 124. § 20; Strube Bed. V. no. 34. — Tiroler W. I. S. 101: wenn ein Gut, weil der nächste Erbe abwesend war, dem dann nächsten angefallen war und der erste zurückkehrt, so soll, wenn es die Zeit des Schnitts ist, der Besitzer die Sichel aus der Hand legen und jenen zu seinem Erbe kommen lassen.

[10]) Preuß. Ldr. I. 9. § 221: „die Früchte einer Sache sind, gleich bei ihrem Entstehen, das Eigenthum desjenigen, welcher das Nutzungsrecht der Sache hat." — Das sächsische Gesetzbuch § 244, 245 sagt, daß der Nichteigenthümer die Früchte erst mit der Separation resp. Perception erwerbe, enthält aber § 76 (vgl. N. 2) dem ältern Recht gemäß den Satz, daß er einen Anspruch auf diejenigen Früchte hat, für welche er Verwendungen gemacht hat; vgl. auch Schmidt I. S. 197 f.

[11]) Frankf. Ref. V. 8. § 11, Oestr. GB. § 295, 420, 519, Code civ. 520, 521, 585, Baier. Entw. III. 100, Wächter II. S. 267 N. 16, Roth Kurhess. Priv. R. I. S. 400 N. 4, S. 462 N. 28.

[12]) Stobbe Beiträge S. 67 ff., 76 ff. — L. Sax. § 63, Sachsensp. II. 44. § 2, II. 46. § 3 vgl. mit § 1 u. 2, Richtst. Landr. 16 § 7, Schwabensp. 211, J. Culm. ex ult. rev. III. 1. c. 6. — Nach Sachsensp. II. 53. § 3 braucht auch der m. f. possessor, welcher freiwillig restituirt, die Nutzungen nicht zu ersetzen. — Abweichend Gosl. Statt. S. 100. Z. 31 f., daß der b. f. possessor die vom Vieh gezogenen Nutzungen ersetzen soll; vgl. auch Schwabensp. 20, 57 (Schröder Güterrecht II. 1. S. 120 f.).

reren neueren Partikularrechten; nach ihnen hat der bonae fidei possessor die fructus exstantes nicht herauszugeben, macht also die gezogenen Früchte nicht bloß interim, sondern definitiv zu den seinigen[13]).

§ 153. Ersitzung.

1. Das ältere deutsche Recht[1]) kannte in Bezug auf Mobilien weder die Ersitzung, noch im allgemeinen die Klagenverjährung. Nur in einzelnen Fällen ging in kürzerer Frist, meist in Jahr und Tag, das Recht verloren, so für den Erben, welcher sein Erbrecht nicht geltend macht, für den Eigenthümer, welcher eine verlorne Sache nicht zurückfordert. Allmählich gewann die Klagverjährung eine immer weitere Anwendung und mit der Reception kamen auch die römischen Sätze von der Usukapion zur Geltung: es kann Eigenthum beim Vorhandensein der gemeinrechtlichen Erfordernisse[1a]) auch durch Zeitablauf erworben werden. Das ältere Recht übte aber insofern einen Einfluß aus, als man für die ordentliche Verjährung nicht den Besitz drei Jahre hindurch, sondern nur Jahr und Tag und für die außerordentliche Verjährung bisweilen die Zeit von

---

[13]) Preuß. Ldr. I. 7. § 189: die gezogenen Früchte bleiben Eigenthum des b. f. possessor; § 194 er restituirt nicht von Thieren das junge Vieh, § 195 von Landgütern und nutzbaren Grundstücken behält er die Früchte früherer Wirthschaftsjahre, gleichviel „ob dieselben schon verzehrt, veräußert oder noch wirklich vorhanden sind"; § 197 die Nutzungen des letzten Wirthschaftsjahrs werden zwischen dem Eigenthümer und Besitzer getheilt und zwar, § 200, „nach der Zeit, während welcher der Besitz in diesem Jahre redlich oder unredlich gewesen ist." Vgl. auch die Rechtfertigung für diese Sätze von Suarez Schluß-Revision S. 8—10, welcher behauptet, daß durch seine Theorie im Gegensatz gegen das Röm. Recht „die Sache ausnehmend simplificirt werde." — C. civ. 549, Oestr. GB. § 330, Zürich. GB. § 509, 510. — Die zweite sächs. Decision von 1746 führte vom röm. und deutschen Recht abweichende, äußerliche Grundsätze ein; das Sächs. GB. § 308, 309 enthält eigenthümliche Grundsätze, denen aber auch das deutsche Prinzip zu Grunde liegt, daß die vom b. f. possessor vor der Klagebehändigung erworbenen Früchte ihm verbleiben, Schmidt I. S. 196 f.

Dem Röm. Recht folgt C. Max. Bav. II. 3. 20. no. 3, Baier. Entw. III. 163.

[1]) Vgl. oben I. § 68.

[1a]) Ueber mala fides superveniens oben § 93 N. 9.

31 Jahren und einem Tage forderte[2]). Daneben finden sich aber auch willkürliche Termine und allmählich verbreitete sich immer weiter die römische Fristbestimmung von 3 resp. 30 Jahren[3]).

2. In Betreff der gestohlenen und geraubten Sachen, welche nach Römischem Recht zweifellos der ordentlichen Verjährung entzogen sind und an welchen nach der Karolina art. 209 in keiner Zeit eine Gewere ersessen werden kann, besteht nach gemeinem Recht eine Kontroverse, ob für sie die außerordentliche Verjährung zulässig sei[4]). Da es partikularrechtlich in gewissem Umfange möglich ist, daß ein b. f. Erwerber sofort an gestohlenen Sachen Eigenthum erwirbt oder gegen die Klage des Eigenthümers geschützt ist[5]), so ist auch in zahlreichen Partikularrechten ohne Rücksicht auf das vitium der Sache die ordentliche[6]) oder doch mindestens die außerordentliche Verjährung zugelassen[7]).

---

[2]) So im sächs. Recht in Folge Gerichtsgebrauchs bis zum neuen Gesetzbuch, Haubold § 185 N. b. u. N. d, Hadelner Ldr. II. 18 (Pufendorf I. p. 23), J. Culm. ex ult. rev. III. 2. c. 1. — Lüneb. Ref. II. 9: Jahr und Tag, für Abwesende 3 Jahre und 3 Tage. — J. terrestre nob. Prussiae: 3 Jahre und 3 Tage (d. h. 3 Jahre und 18 Wochen).

[3]) Quellennachweise oben I. § 68 N. 32. — 3 Jahre unter Voraussetzung der bona fides Schwabensp. 56; 3 Jahre auch nach dem Hamburg. Recht von 1497. G. 4, Statt. v. 1603. I. 21. § 1 (vgl. auch Baumeister I. S. 72), Oestr. GB. § 1466 (bedingungsweise 6 Jahre, § 1476), Sächs. GB. § 261. — Das Preuß. Ldr. I. 9. § 620, 621 geht über das Röm. Recht noch hinaus: 10 Jahre, bei Abwesenden 20 Jahre; Basler Ges. v. 1521 (Rechtsquellen I. S. 355 ff.): 10 Jahre.

[4]) Unterholzner I. S. 192 f., welcher sie für zulässig erklärt; meines Erachtens mit mehr Recht wird sie ausgeschlossen von Delbrück dingliche Klage S. 216 f., Reyscher I. S. 220 N. 5. — Vgl. auch Roth B. II. S. 197 N. 20.

[5]) Oben § 145—147.

[6]) Rev. Lüb. R. I. 8. 1 (vom Gesichtspunkt der Klagverjährung aus; gestohlenes oder geraubtes Gut darf nach Jahr und Tag, nachdem es in die Stadt gekommen ist, nicht angesprochen werden; vgl. aber auch v. Wilmowski Lüb. R. in Pommern S. 63). — Recht v. Altona: dreijährige Verjährung, wenn das Gut auf öffentlichem Markt erkauft ist, Paulsen § 66. — C. civ. 2279. — Sächs. GB. § 261, vgl. Schmidt I. S. 207.

[7]) Aelteres sächs. R. Haubold § 185 N. d, Jus Culmense III. 2. 3, Zürich. GB. § 645, Baier. Entw. art. 132 vgl. mit art. 127, 128. — Nach Preuß. Ldr. I. 9. § 648 bedarf der redliche Erwerber, welcher die Sache vom Dieb erworben hat, der 40jährigen Verjährung; befindet sich die Sache in der

Drittes Kapitel. Das Pfandrecht und Retentionsrecht.

§ 154. Pfandrecht. Aelteres Recht[1]).

Das Pfandrecht an Mobilien steht unter völlig andern Regeln, als das an Immobilien und hat eine viel kontinuirlichere Entwickelung gehabt als dieses.

I. 1. Schon in ältester Zeit kommt es vor, daß ein Schuldner seinem Gläubiger Mobilien zu Pfand hingiebt (essende Pfänder, wenn es Thiere; Kistenpfand oder Schreinpfand, wenn es leblose Gegenstände sind)[2]), um ihm dadurch seine Forderung sicher zu stellen und ein Exekutionsobjekt in die Hand zu geben, an welches er sich bei Nicht-Erfüllung der Verbindlichkeit halten darf.

Ueber die Wirkung des Pfandrechts gingen zwei verschiedene Auffassungen neben einander her. Nach der einen haftet der Schuldner für die Schuld mit dem ganzen Vermögen; das Pfand wird dem Gläubiger gegeben, damit er sich an dasselbe vorzüglich zu seiner Befriedigung halten könne und mit Bezug auf dies Objekt jedem andern Gläubiger desselben Schuldners vorgehe. Reicht das Pfand zur Befriedigung nicht hin, so bleibt der Schuldner für den Rest noch weiter verpflichtet.

Nach der andern Auffassung haftet der Schuldner lediglich mit dem hingegebenen Pfande und bedarf es einer besondern, weiter gehenden Erklärung desselben, um mit seinem übrigen Vermögen und mit seiner Person zu haften. War einfach ein Pfand hingegeben, so konnte der Gläubiger nicht auf Bezahlung der Schuld klagen, sondern hatte ohne Klage das Gut dem Schuldner zur Einlösung

Hand eines zweiten reblichen Besitzers, so tritt die gewöhnliche Verjährung ein. — Ebenso wie die Carolina schließen jede Verjährung aus die Nürnb. Ref. v. 1522. XXIX. 2. a. E., v. 1564. XVI. 9, Frankf. Ref. II. 9. 9, Bernische Gerichtssatzung v. 1615 (Manuel Verjährung im Bernischen Stadtrecht S. 48).

[1]) v. Meibom das deutsche Pfandrecht. Marburg 1867, Planck Gerichtsverfahren II. S. 336—340, Franken Gesch. des französ. Pfandrechts I. S. 266 ff., v. Amira Obligationenrecht I. S. 213 ff.; über die weitere pfandrechtliche Literatur vgl. oben § 106 N. 1. — Von dem im Exekutionswege vom Richter genommenen Pfande sehen wir ab.

[2]) Oben I. § 63 N. 5.

anzubieten und wenn dies erfolglos blieb, ein gerichtliches Aufbietungsverfahren zu veranlassen, welches ihm schließlich das Eigenthum der Sache verschaffte[3]).

2. Pfandrecht an Mobilien können nur durch Bestellung begründet werden; stillschweigende, gesetzliche Pfandrechte sind dem Mittelalter unbekannt[4]).

---

[3]) Vgl. über diese beiden Arten von Pfandrechten v. Meibom in Bekker's Jahrb. IV. S. 444 ff., Pfandrecht S. 280 ff., Stobbe Juden S. 247 f., krit. Vierteljs. Schr. IX. S. 295 ff., v. Amira I. S. 217 f.

Den Gegensatz hebt das Rechtsb. n. Dist. bei Judenforderungen hervor, III. 17. d. 15: Alle phand, dy der iodde innempt, wen he dy nicht lenger halden wel, dy sal he ... ieme, der dy phand gesaczt hat, anbiten, und sal dy phand tragen an geheyte bangk unvorclaget, unde sal dy ufbiten zcu deme irsten male unde sal sprechen: her richter unde ir schepphen, ich ha daz phant angeboten N. .... des en wel he nicht losen, unde bete ouch umbe recht zcu erfarn, wy ich forbaz geboren sulle. So teyle man ome, he sulles noch zcwer ufbiten. Wenn he daz getud, dornoch wende he daz in sinen nucz unde sy von ieme ledigk unde loz. Daz ist gered umbe phant, do nicht zcu gelobet ist. — d. 16: Hat eyn iode pfand, darzcu gelobit ist, der mag ienen umme daz gelobede beclagen an gherichte. Bekennet her, daz her gelobet hat zcu deme phande, so sal men ome helfen zcu deme phande, ab iz zcu korcz ist. Spricht iener, her habe ome nicht globet zcu deme phande, so gebare der iode mit deme phande, alz vor geschrebin ist; vgl. auch d. 19. — Das Rechtsbuch n. Dist. scheint auch III. 14. d. 3 allgemein für die bloße Verhaftung mit dem Pfande zu präsumiren, da es hier heißt, daß, wenn der Schuldner auf das Anbieten des Gläubigers das Pfand nicht lösen will, der Gläubiger sein Bestes damit thun möge; es wird gar nicht danach gefragt, ob das Pfand mehr oder weniger als die Schuld werth ist. Dagegen findet in III. 14. d. 1 zugleich eine persönliche Verhaftung statt. — Lüneb. Nieder-Gerichts-O. bei Pufendorf obs. III. p. 362: mehrmaliges Anbieten, schließlich Verkauf des Pfandes: „gebricht Ihme (dem Gläubiger) aber etwas daran, er soll es missen (falsch: wissen), Es were dan, daß Ihme seine volle Bezahlung gelobet und zugesaget worden". — Vgl. auch Warnkönig flandrische R. G. III. S. 87. — Bei Verpfändung eines Schiffs besonderes Versprechen, über das Pfand hinaus zu haften, Fabricius Stralsunder Stadtb. S. 64 no. 476, S. 92. no. 332. — In diesem Sinne sind auch diejenigen Bestimmungen (vgl. N. 19 ff.) zu deuten, welche sagen, daß bei Untergang oder Verschlechterung des Pfandes der Gläubiger keine Forderung an den Schuldner hat.

[4]) Durchaus singulär ist Brünner Schöffenb. c. 561: Res et bona ad locum thelonei deducta sunt theloneatori pro solutione tributi in pignore tacite obligata. Item quicumque cum fisco contrahit seu officia suorum

3. Ein Pfandrecht als dingliches Recht entsteht nur durch Uebergabe der Sache Seitens des Bestellers[5]). Behält der Schuldner die zu Pfand bestellte Sache in seinem Besitz, so hat der Gläubiger kein Widerspruchsrecht, wenn dieselbe Sache von andern Gläubigern zu ihrer Befriedigung in Anspruch genommen oder vom Schuldner an eine dritte Person veräußert wird[6]).

Bei Sachen, welche man nicht leicht von einem zum andern Ort transportiren kann, wurde ein Pfandrecht auch ohne thatsächliche Uebergabe dadurch begründet, daß der Gläubiger in die Lage ge-

---

superiorum convenit, illius bona certum est in pignore obligari, quamvis haec specialiter non exprimatur. Item qui praedia, agros, vineas vel res consimiles dat pignori, fructus rerum talium obligari tacite reputantur.

[5]) Gegen v. Meibom S. 410 ff., welcher für das ältere Recht auch Hypotheken annimmt (dieselbe Ansicht hat auch Pauli Abhh. aus d. Lüb. R. IV. S. 138 ff. und Lüb. Zustände III. S. 9), vgl. Stobbe in d. krit. Viertelj. Schr. IX. S. 316 ff.

[6]) Vgl. die Stellen bei v. Meibom S. 411, Bremer Statt. von 1303. no. 48 (Oelrichs S. 96), Iglauer R. § 107 (Tomaschek Oberhof S. 83), Langenb. Gl. zum Hamb. R. v. 1497. C. 1, Freiburg. Statt. v. 1520. II. 8. Abs. 1. — Dasselbe gilt auch für abgepfändete Sachen, Nordhäuser Stadtr. des 14. Jahrh. § 13 (Förstemann III. 1. S. 38): Item quicumque alium oppignoraverit et illud pignus mutuo restituerit, quod vulgariter zu borge dicitur, illud id ipsum pignus, alter si supervenerit, salvo jure pignorabit; v. 1538. S. 7. § 13, 15, S. 9. § 29, Brünner Schöffenb. c. 571 Abs.: Unde nota.

Auf dasselbe kommen zum Theil diejenigen Rechte hinaus, welche, wie Lüb. Stadtr. (Hach) II. 146, III. 97, vgl. auch Rev. Lüb. R. III. 4. art. 5, sagen, daß das Pfandrecht ohne Besitzübertragung nur so lange zu Gunsten des Gläubigers von Wirksamkeit ist, als der Schuldner im Besitz bleibt (die Sache sich an derselben Stelle befindet), und daß es erlischt, wenn die Sache mit Genehmigung des Gläubigers von ihrer Stelle kommt oder gegen andere Sachen vertauscht wird, Planck II. S. 340 N. 17. Vgl. über diese Stelle auch Pauli Abhandlungen IV. S. 138—140, welcher meint, daß eine Hypothek nur an solchen Dingen Platz greift, welche nicht ohne große Umstände in den Besitz des Gläubigers gebracht werden und welche wie der Hausrath des Schuldners von ihm nicht wohl entbehrt werden können.

Nach nordischem Recht war eine Hypothek an Mobilien unter Beobachtung gewisser Förmlichkeiten mit der Wirkung zulässig, daß der Gläubiger die etwa erfolgte Veräußerung anfechten durfte, v. Brünneck Reluitionsklagen (vgl. § 87 N. 3) S. 9 f.; vgl. aber auch v. Amira S. 216.

bracht wurde, sich in den Besitz der Sache setzen zu können, sobald er es beabsichtigt[7]). Auch kommt es vor, daß der Schuldner die verpfändete Sache behielt, aber die Verpflichtung übernahm, für die Ueberlassung ein Miethgeld zu bezahlen[8]). Der Gläubiger suchte sich in solchen Fällen durch das Versprechen des Schuldners zu sichern, die Sache nicht zu veräußern, nicht weiter zu verpfänden oder von der Stelle, wo sie sich zur Zeit befindet, zu entfernen[9]). Bei Verpfändungen des ganzen Mobiliars, eines Wagenlagers u. s. w. wurde der Pfandnexus dadurch bekräftigt, daß die Verpfändung in die Gerichtsbücher eingetragen wurde[10]).

So fehlte es der Hypothek an Mobilien an der dinglichen Wirksamkeit; sie gab dem Gläubiger kein dingliches Recht, sondern verpflichtete nur den Schuldner, im Fall seiner mora die Sache dem Gläubiger zu seiner Befriedigung zu überlassen. War der Gläubiger in den Besitz des Pfandes eingesetzt, so hatte er, wenn er gegen seinen Willen aus dem Besitz kam, gegen jeden dritten Besitzer eine Klage auf Herausgabe (vgl. oben § 146); aber bei einer Hypothek an Mobilien war er auf die Gewissenhaftigkeit seines Schuldners angewiesen und durfte, wenn die Sache von einem andern Gläubiger in Beschlag genommen wurde oder in den Besitz einer dritten Person überging, diesen Personen gegenüber kein Pfandrecht geltend machen. Erst im 15. Jahrhundert schrieb man auch der Hypothek an Mobilien dingliche Wirkung zu[11]).

---

[7]) Uebergabe des Schlüssels zum Weinkeller, in welchem das verpfändete Faß liegt, Iglauer R. § 107 (Tomaschek Oberhof S. 83); vgl. auch Brünner R. c. 371. p. 265.

[8]) In dem Miethgeld war dann zugleich eine Art Verzinsung der Schuld enthalten, vgl. Pauli Abhh. IV. Urk. Buch B. no. 59, 64, 65, 82, Frankf. Schöff. Ger. O. § 13 (Thomas Frankf. Oberhof S. 273). — Ein solches Vermiethen eines verpfändeten Schiffs in einer Danziger Urk. v. 1557 bei Neumann Wucher S. 198 N.

[9]) Pauli a. a. O. no. 61, 79. — Urk. bei Tadra Summa Gerhardi no. 147: der Schuldner will die verpfändete Mobilie nomine commissionis tantum besitzen und bis zur Bezahlung der Schuld nicht veräußern.

[10]) Zahlreiche solche Eintragungen bei Pauli a. a. O., v. Meibom S. 416 N. 56, v. Bunge Riga S. 239 f.

[11]) Purgoldt XI. 41, 42.

Am wenigsten Bedenken unterlag die Hypothek an Schiffen[12]); abgesehen davon, daß es wohl meistens dem Gläubiger nicht erwünscht war, in den Besitz eines solchen Pfandes zu kommen und daß durch Besitzübertragung der Schuldner um die Möglichkeit einer bedeutenden laufenden Einnahme kam, wurden ja auch im übrigen die Schiffe vielfach den Grundsätzen des Immobiliarrechts unterworfen (§ 63 N. 16)[12a]).

4. Auch ein Nicht-Eigenthümer konnte gültigerweise ein Pfandrecht an einer Sache bestellen, welche der Eigenthümer freiwillig aus seiner Gewere gelassen hatte[13]); ja, in manchen obligatorischen Verhältnissen hat er nicht bloß die Machtvollkommenheit, sondern auch das Recht dazu[13a]). War dagegen die betreffende Sache dem früheren Besitzer gestohlen oder von ihm verloren, so war der Pfandbesitzer der Rückforderungsklage desselben ausgesetzt. Für jüdische Gläubiger trat die Modifikation ein, daß sie das Pfand nur dann herauszugeben hatten, wenn der Kläger ihnen ihre Pfandforderung bezahlte[14]).

---

[12]) Zahlreiche Verpfändungen von Schiffen führt Fabricius Stralsund. Stadtb. S. 271 a. E. an; für Riga v. Bunge Riga S. 270 N. 187, für Lübeck Pauli Zustände III. S. 115. no. 22, 23, S. 169. no. 107, 117; sie lassen sich auch für Danzig, Rostock, Wismar u. s. w. nachweisen. — Die Verpfändung soll vor dem Rath erfolgen, Hamb. Stdtr. v. 1270. I. 13. — Verabredung der lex commissoria für den Fall der mora, Urk. bei Pauli Zustände III. S. 115. no. 23.

Auch hier kommt das Versprechen des Gläubigers vor, daß er das Schiff nicht vor Bezahlung der Schuld veräußern oder von neuem verpfänden wolle (z. B. Pauli Abhh. IV. B. no. 31. a. 1360, Zustände III. S. 115. no. 22, Fabricius S. 109. no. 616), woraus hervorgeht, daß die dingliche Natur der Hypothek doch nicht feststand.

Als partikulär ist der Satz des Lüb. Stdtr. (Hach) II. 147, III. 82 zu bezeichnen, daß, wenn der Eigenthümer sein zu Lübeck verpfändetes Schiff veräußert, der Gläubiger es nicht auswärts, wohl aber zu Lübeck als Pfand in Anspruch nehmen kann, wenn es dorthin zurückkehrt.

[12a]) Nach dem Recht von Wisby (v. Amira Obl. Recht I. S. 215) kann der Gläubiger sich zeghel unde roder überantworten lassen.

[13]) Vgl. oben § 146, 147, Goldschmidt Handb. I. S. 897 f.

[13a]) Ueber das Gesinde, wegen des schuldigen Lohns vgl. unten III. § 187 N. 34, über Handwerker, wegen des noch zu zahlenden Arbeitslohns oben § 146 N. 28 und unten § 156 N. 4.

[14]) Oben § 46 N. 40 und § 146 N. 22.

5. Der Gläubiger hatte für die ordnungsmäßige Aufbewahrung des Pfandes, bei Thieren (sog. essenden Pfändern) für Fütterung und Unterhalt zu sorgen, wogegen der Schuldner Ersatz wegen der Unkosten zu leisten hatte[15]). Die Benutzung des Pfandes ist dem Gläubiger untersagt[16]) und er hat bei Uebertretung dieses Verbots, abgesehen von der ihm öfter angedrohten Strafe[17]), unbedingt für den Schaden resp. Untergang einzustehen, von welchem es betroffen wird[18]).

Nach älterem Recht haftete aber überhaupt der Gläubiger nicht bloß für culpa, sondern auch für casus[19]): er sollte bei jeder Beschädigung oder Verlust dem Schuldner den Schaden ersetzen, wenn dieser erklärt, die Schuld bezahlen und das Pfand einlösen zu wollen[20]). Für essende Pfänder trat die Modifikation ein, daß bei ihrem kasuellen Verlust der Gläubiger nicht den Werth ersetzt, aber dafür seine Forderung verloren hat[21]). Nach den spätern Quellen dagegen

---

[15]) Rechtsb. n. Dist. III. 14. d. 11, v. Meibom S. 362 ff.

[16]) Wo sich mit der Pflege des Pfandes ohne weiteres auch Nutzungen ergeben, wie z. B. bei Verpfändung einer Kuh, darf der Gläubiger dieselben nutzen, muß sie aber auf die Schuld in Anrechnung bringen, Purgoldt VII. 54. Auch kommen Verabredungen des Inhalts vor, daß der Gläubiger die Nutzungen der ihm verpfändeten Sache ziehen und dadurch allmählich die Schuld tilgen soll, z. B. Bresl. Signatur no. 71 v. J. 1417 (Ztschr. f. Gesch. u. Alterth. Schles. VII. S. 181). — Vertragsmäßige Verabredung, daß das verpfändete Pferd gebraucht werden darf, Göttinger Urk. B. no. 253, 389.

[17]) Löning Vertragsbruch. I. S. 414 f. — Freiburger Statt. v. 1520. II. tit. 8. Abs. 2.

[18]) v. Meibom S. 327 ff. — In den Quellen, welche im allgemeinen den Pfandgläubiger nur für culpa einstehen lassen, geht darauf hin der Satz, daß der Gläubiger den Schaden zu ersetzen hat, von welchem das verpfändete Vieh außerhalb des Stalles betroffen wird; denn nur im Stall soll er das Pfand haben, Stobbe Vertragsrecht S. 259 f., krit. Viertelj. Schrift IX. S. 239 N. **.

[19]) Stobbe Vertragsrecht S. 251 ff., Juden S. 126 f., 246 f.; abweichender Ansicht v. Meibom S. 283 ff., 367 ff.; vgl. dagegen Stobbe krit. Viertelj. Schr. IX. S. 298 ff.

[20]) Sachsensp. III. 5. § 4, Rechtsb. n. Dist. IV. 42. d. 19, III. 14. d. 6, Magd. Görl. R. v. 1304. art. 88, Glogauer Rechtsb. c. 475, Purgoldt VIII. 71; vgl. auch Amiet Geldwucherer S. 112, 246.

[21]) Sachsensp. III. 5. § 5, Rechtsb. n. Dist. IV. 42. d. 20, Magd. Görl. R.

steht der Gläubiger nur für culpa ein und behält bei kasueller Beschädigung oder Untergang seine volle Forderung[22]).

Wo jener ältere Grundsatz galt, bestand die Auffassung, daß der Schuldner nicht über das Pfandobjekt hinaus verpflichtet sei; er hatte ein Lösungsrecht, war aber nicht verpflichtet zur Auslösung[23]).

---

v. 1304. art. 88, Purg. II. c. 29, IV. c. 34, Schwabensp. 258[b] u. s. w. (vgl. die Stellen bei Stobbe Vertragsr. S. 258). — Grimm Weisth. V. 186. § 27 wird von dem Vertrage eines Gastwirths mit dem Eigenthümer eines Stücks Vieh gehandelt, wonach ersterer das Vieh des letzteren in den Stall nimmt und ihm zu fressen geben soll uf die hut; d. h. wohl, seine Forderung ist nur durch die Haut gesichert; stirbt das Vieh, so kann sich der Wirth nur an den Cadaver halten; vgl. auch die Stellen bei v. Meibom S. 306 N. 126.

Der gleiche Grundsatz gilt bei der Verbodmung und galt ursprünglich wohl allgemein bei der Verpfändung der Schiffe; er konnte aber durch die besondere Verabredung ausgeschlossen werden, daß bei Untergang des Schiffs die Schuld nicht aufgehoben sein solle, z. B. Fabricius Strals. Stadtb. S. 12. no. 163, S. 40. no. 47, S. 59. no. 388.

Beschränkt gilt dasselbe auch nach dem Weisth. von Pfeffers aus dem 16. Jahrh. § 69 (Grimm VI. S. 373): geht das Pfand durch Feuer, Wasser oder andere Zufälle zu Grunde, so braucht der Schuldner die Schuld nicht zu bezahlen, wenn er sie bereits drei Jahre verzinst hatte und keinen Ersatz des Pfandes fordern will.

Wegen der Gefahr für den Gläubiger, sein Geld zu verlieren, wird ihm gerathen, sich noch nebenbei Bürgen bestellen zu lassen, Augsb. Stadtr. bei Meyer S. 55. § 5; die Bürgen müssen ihm in diesem Fall für die Zahlung einstehen, Schwabensp. 258[b].

[22]) Lüb. R. (Hach) IV. 98, Prager Judenrecht v. 1254. § 7 (Rößler S. 182), Münch. Stadtr. 96, 105, Augsb. Stadtr. (Meyer S. 55, 210) XIX. § 5, CXXVII. § 4, Rechtsb. n. Dist. III. 17. d. 17 vgl. mit d. 12, Stadtr. v. Cleve 15. Jahrh. tit. 112, § 19, 20 (Ztschr. f. R. G. X. S. 246), Frankf. Schöff. U. v. 1443 (Thomas S. 335. no. 80), Neumünstersche Kirchspielsgebräuche art. 24, auch Grimm Weisth. II. 127. In Sachsen wird das ältere Prinzip aufgehoben durch Const. Sax. II. 26 (vgl. auch Schletter S. 269). — Der neuere Grundsatz greift auch für die essenden Pfänder Platz, Stobbe Vertragsr. S. 259 ff.

Die Veränderung des ursprünglichen Prinzips scheint zunächst zu Gunsten jüdischer Gläubiger erfolgt zu sein, Stobbe Juden S. 246 f., v. Meibom S. 373 f.

[23]) Mit dieser Auffassung ist die von v. Meibom S. 289 nicht identisch, daß der Pfandnehmer kein Forderungsrecht habe und die Satzung als Tauschgeschäft erscheine, oder S. 353 f., daß die Tradition zu Pfandrecht eine suspensiv bedingte Eigenthumsübertragung enthalte.

Bei dem neueren Prinzip dagegen kann der Gläubiger seine Forderung auch unabhängig von der Existenz des Pfandobjekts geltend machen.

6. Je nach der Art des Pfandrechts galten verschiedene Grundsätze, wenn der Schuldner die Obligation nicht erfüllt.

a) Haftet er nur mit dem Pfande und ist nicht etwa schon vertragsmäßig die lex commissoria für den Fall seiner mora festgesetzt worden[23a]), so verfällt dem Gläubiger das Pfand, nachdem er den Schuldner gerichtlich oder vor Zeugen[24]) vergeblich zur Einlösung aufgefordert hat. Er erhält es von Gerichtswegen zugesprochen und braucht den etwaigen Mehrwerth dem Gläubiger nicht herauszugeben[25]).

b) Wo aber der Schuldner mit seinem ganzen Vermögen verhaftet war, und überhaupt wohl allgemein nach späterm Recht, wurde der Gläubiger, nachdem er vergeblich auf Bezahlung und Auslösung geklagt hatte, durch das Gericht zum außergerichtlichen Verkauf des Pfandes autorisirt[26]). Ergab derselbe mehr, als die Schuld betrug, so hatte er die hyperocha dem Schuldner herauszugeben; wurde

---

[23a]) z. B. lex commissoria Urk. v. J. 1399 im Götting. Urk. B. no. 380.

[24]) Rechtsb. n. Dist. III. 14. d. 3: wissentlich sinen nackebur.

[25]) Rechtsb. n. Dist. III. 14. d. 3, III. 17. d. 15 (a. E. daz ist gered umbe phant, do nicht zcu gelobet ist). — v. Meibom S. 332 ff., Planck S. 336 ff.

[26]) Vgl. besonders v. Meibom S. 338 ff., 435 vgl. mit S. 92 ff., Planck S. 338 ff. — Eine persönliche Schuldklage darf nicht stattfinden, bevor die Exekution des Pfandes erfolgt ist, exc. excussionis realis, vgl. v. Meibom S. 421 f. Urk. v. 1486 bei Pauli Zustände III. S. 115. no. 21. — Vor der gerichtlichen Autorisation zum Verkauf fand gewöhnlich ein dreimaliges Aufgebot von Seiten des Gerichts statt, um dem Schuldner die Einlösung zu ermöglichen; überhaupt war durch längere Fristen dafür gesorgt, daß das Interesse des Schuldners nicht leide. Um dies weitläufige Verfahren abzukürzen, setzten die Parteien oft in den Pfandverträgen fest, daß es keines gerichtlichen Verfahrens bedürfe, sondern der Schuldner bei mora sofort das Pfand verkaufen oder behalten dürfe; z. B. Pauli Lüb. Abhh. IV. Urk. B. B. no. 9. a. 1326: ea poterit vendere absque ulla prosecutione coram judicio facienda, Pauli Zustände III. S. 118. no. 26. — Bresl. Sign. no. 38. a. 1411 (Zeitschr. f. G. Schles. VI. S. 349): so sal und mag derselbe Johannes die zwu leste heringe verkoufen und sein bestes domete zu schaffen als alle recht domete begangen weren ungehindert; no. 100 a. 1420 (ebendas. VII.

aber die Forderung beim Verkauf nicht völlig gedeckt, so konnte der Gläubiger den Rest von neuem einklagen[27]).

Statt das Pfand zu verkaufen[27a]), konnte der Gläubiger es auch einem Andern für die Höhe der Schuld versetzen und hatte dann dem Schuldner anzuzeigen, wem er es verpfändet habe[28]), damit er es bei ihm auslösen könne.

II. Hatten sich im Mittelalter nur einzelne Ansätze zur Hypothek an Mobilien gefunden, so nahm man sie zur Receptionszeit unbedenklich aus dem Römischen Recht herüber und führte überdies zahlreiche gesetzliche, sei es generelle oder spezielle, Hypotheken und die vertragsmäßigen Generalhypotheken ein[29]). Doch zeigt sich in einzelnen weit verbreiteten Sätzen über die Hypothek an Mobilien zum Theil noch eine Nachwirkung des ältern Rechts:

1. Die Hypothek giebt nur ein beschränkt wirksames dingliches Recht; der Gläubiger kann die Sache zu seiner Befriedigung nur in Anspruch nehmen, wenn sie sich im Besitz des Schuldners oder einer Person befindet, welche von der Existenz des Pfandrechts weiß. Einem b. f. Erwerber gegenüber kann die Hypothek nicht geltend gemacht werden[30]).

2. Die ältere Hypothek steht dem jüngern Faustpfandrecht nach[31]).

S. 190): das sie denn domite tun und lossen sullen, als ap alle recht domite begangen weren; vgl. auch no. 175, 185 (das. VIII. S. 162, 166) und Heusler in d. Ztschr. f. R. G. VI. S. 184 ff.

[27]) Rechtsb. n. Dist. I. 15. d. 1, III. 17. d. 16, 19, Freiberg. Statt. I. 40 (Schott III. 165), München. Stdtr. art. 109, Kraut § 102. no. 26.

[27a]) Wenn sich kein Käufer findet, darf es der Gläubiger behalten. Dies wird in manchen Quellen ausgedrückt: er giebt es mit der einen Hand hin und kauft es mit der andern, Tirol. Weisth. II. S. 217 Z. 22 ff., 294 Z. 31 ff., 381 Z. 24 ff.

[28]) z. B. Rechtsb. n. Dist. III. 14. d. 6, Purgoldt VII. 47, Stadtr. von Rudolstadt v. 1594. 12. § 6 (Walch V. S. 60), Stobbe in Goldschmidt's Ztschr. XI. S. 404, Kohler pfandrechtl. Forschungen S. 6 ff.

[29]) Oben § 108. X.

[30]) Bresl. Statt. v. 1577. tit. 11 (als Motiv der Bestimmung wird angegeben, daß Breslau eine Handelsstadt sei), Hamb. Statt. II. 4. 2 (Baumeister I. S. 237 N. 12, 13).

[31]) Trierer Ldr. XIII. § 21, Goldschmidt Handb. I. S. 953 f., wo sich reiche Quellennachweise finden.

3. Zur Bestellung einer Hypothek wird eine Urkunde erfordert, welche das Bekenntniß der Schuld und die Verpfändung der Sache enthält[32]). Für die Bestellung von Generalhypotheken, sei es, daß sie sich bloß auf Mobilien, sei es auf Mobilien und Immobilien, beziehen, wurden noch weitere Formen erfordert[33]).

4. Die Generalhypothek an Mobilien beschränkt den Schuldner nicht in der Disposition über die einzelnen Sachen; durch seine Veräußerung gehen dieselben als pfandfrei auf den Erwerber über. Der Gläubiger kann die Hypothek nur an denjenigen Sachen geltend machen, welche sich zur Zeit im Vermögen des Schuldners befinden[34]).

§ 155. Das Pfandrecht an Mobilien nach neuerem Recht[1]).

Das Pfandrecht an Mobilien ist gegenwärtig zum Theil durch die Civilgesetzbücher, zum Theil in Verbindung mit der Hypothekengesetzgebung[2]), zum Theil durch besondere Gesetze geregelt[3]). Für

---

[32]) Const. Sax. II. 23 letzter Abschn., Solmſ. L. O. II. 14. § 1, Frankf. Ref. II. 17. § 2, 12 ff., Lüneburg. Ref. II. 17. § 5; vgl. auch v. Wächter I. S. 564 N. 22.

[33]) Urkunde vor zwei Richtern Frankf. II. 17. § 14, kanzleiische Fertigung Bluntschli Zür. R. G. II. S. 131.

Einzelne neuere Partikularrechte lassen noch Generalhypotheken an Mobilien zu, Oldenb. Hyp. O. v. 11. Okt. 1814. § 20, Läb. Hyp. O. v. 22. März 1820. § 39 u. s. w.

[34]) Vgl. oben § 108 N. 50. — Beschränkung nach der Oldenb. H. O. a. a. O. (N. 33).

[1]) Die neuere Literatur bezieht sich insbesondere auf das Pfandrecht im Handelsrecht, unter Berücksichtigung des Civilrechts überhaupt: Laband das kaufmännische Pfand- und Retentionsrecht, in Goldschmidt's Zeitschrift IX. S. 225—283, 425—502, Goldschmidt Handb. I. S. 872 ff., 883 ff., 951 ff., Thöl Handelsr. § 314, Endemann in s. Handbuch II. § 176 ff., Mandry (2. Aufl.) S. 337 ff., 373 ff., 380 ff. — Unter den partikularrechtlichen Bearbeitungen Dernburg § 354 ff., Roth B. II. § 197, welcher unter der gemeinschaftlichen Ueberschrift „Faustpfandrecht“ das Pfandrecht an Mobilien und das pignus an Immobilien behandelt.

[2]) z. B. Großherzgl. Hess. Ges. v. 15. Sept. 1858.

[3]) Bremen'sche VO. in Betr. der Bestellung eines Pfandrechts an beweglichen Gegenständen v. 25. Aug. 1848; Ges. für Anhalt v. 13. Apr. 1870, für

das Pfandrecht an Mobilien hat sich, entgegengesetzt der Entwickelung für Immobilien, der accessorische Charakter erhalten und es haftet dem Gläubiger nicht bloß das Pfand, sondern auch das übrige Vermögen des Schuldners[4]). Dagegen ist man unter Beseitigung der vertragsmäßigen Hypothek an Mobilien wieder zum ältern Recht zurückgekehrt.

1. Ein vertragsmäßiges Pfandrecht soll nur als Faustpfand, durch einen äußerlich erkennbaren Akt oder in einer Weise begründet werden, welche dem Gläubiger die thatsächliche Herrschaft über die Sache giebt. Es bedarf der Tradition der verpfändeten Sache von Seiten des Eigenthümers oder mit Genehmigung desselben[5]). Der reellen Uebergabe steht die traditio brevi manu gleich[6]), dagegen kann durch constitutum possessorium kein Pfandrecht begründet werden[7]). Wie aber eine Tradition erfolgen kann, auch ohne daß

Koburg v. 14. Juli 1870 (letztere beide auch in Goldschmidt's Ztschr. XVII. S. 158 ff.), für Oldenburg v. 3. Apr. 1876 (auch in Goldschm. Ztschr. XXII. S. 572 ff.), für Braunschweig v. 8. März 1878 (vgl. über dies Gesetz Goldschmidt in s. Z. XXIV. S. 560 f.). — Das Schweiz. Obl. R. regelt das Faustpfandrecht in den art. 210—223. — Auf Veranlassung des Reichsgesetzes vom 23. Juli 1879 (betr. die Abänderung einiger Bestimmungen der Gew. O.) art. 4 § 38 sind in vielen Staaten neuerdings Gesetze betreffend das Pfandleihergewerbe ergangen, so für Hamburg v. 10. Dez. 1880 (vgl. auch Goldschm. Ztschr. XXVII. S. 492 ff.), für Preußen v. 17. März 1881, Baden v. 9. Juni 1881, Bremen v. 16. Okt. 1881, Braunschw. v. 21. Dez. 1881, Hessen v. 27. Febr. 1882, Sachs. Altenb. v. 4. Apr. 1882, Sachsen v. 21. Apr. 1882, Sachs. Weimar v. 16. Aug. 1882 u. s. w.

[4]) Der entgegengesetzte Grundsatz gilt für einen besondern Fall nach der Frankf. Ref. II. 17. § 9 und im übrigen für das Geschäft der Bodmerei.

[5]) Beseler § 98 N. 5, Laband S. 238 f., Goldschmidt S. 883 ff., 887 N. 19. — Preuß. Landr. I. 20. § 7, 71, 104, 105, Oestr. GB. § 451, Zürich. GB. § 854, 55, Sächs. GB. § 466, 469, 470, C. civ. 2076, die N. 3 angef. Bremen'sche VO. § 1, Bremen'sche Handfesten O. v. 1860. § 122, 123, Oldenb. G. art. 16, Schweiz. Obl. R. art. 210. — S. Weimar'sches Ges. vom 6. Mai 1839. § 60: „Vorbehalt des Eigenthums oder Pfandrechts an beweglichen Sachen, welche vermöge eines die Uebertragung des Eigenthums bezweckenden Rechtsgeschäfts in fremde Hände kommen, ist ungültig;" ebenso Oldenb. Ges. art. 31.

Ueber die Möglichkeit des Faustpfandrechts an einer ideellen Quote einer Sache vgl. Laband S. 252 f., Goldschmidt Handb. I. S. 891 N. 30, S. 958.

[6]) Dernburg § 354 N. 2, Sächs. GB. § 468.

[7]) Preuß. Ldr. I. 20. § 105, Oestr. GB. § 451, Sächs. GB. § 467, Zür.

die körperliche Innehabung übergeht und die Sache ihren Ort verändert, so genügt es, wenn der Gläubiger die faktische Möglichkeit erhält, über das Pfand die physische Herrschaft auszuüben und Einwirkungen dritter Personen, insbesondere des Verpfänders, auszuschließen[8]).

Für Schiffe, welche ihrer körperlichen Natur nach unzweifelhaft Mobilien sind, gelten partikulär, auch was die Verpfändung angeht, ähnliche Grundsätze wie für die Verpfändung von Immobilien[9]).

GB. § 856, Brem. Handfesten O. v. 1860. § 123 d, Anh. Ges. v. 1870. § 2, Koburg'sches Ges. v. 1870. § 2, Oldenb. G. art. 17, Schweiz. Obl. R. art. 210 Abs. 2. — Laband S. 238, 240, Goldschmidt Handb. S. 611 N. 16, S. 844 N. 14, S. 887 N. 19. — Während nach älterm baier. Recht das constitutum possessorium genügte, bewirkt es nach neuerem baier. Recht kein Pfandrecht, Roth II. § 197 N. 45, 47 ff., Regelsberger d. Bayer. Hypothekenrecht I. S. 39 ff. — Auch können nach dem Einführungs-Ges. z. Konk. O. § 14 Faustpfandgläubiger nur dann Absonderungsrechte im Konkurs geltend machen, „wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der Sache erlangt und behalten hat.“

[8]) Oben § 148 N. 6 ff. und das Erk. des R. O. H. Ger. XIV. S. 102 ff. — Preuß. Ldr. I. 20. § 271 ff. (Förster III. § 197, Dernburg § 360), Oestr. GB. § 452. — In solchen Fällen nahm die ältere Theorie eine symbolische Tradition an; nach Preuß. Ldr. I. 20. § 273 soll dann eine Urkunde ausgestellt werden.

[9]) Nach dem Preuß. Ldr. I. 20. § 300 sollte eine beglaubigte Abschrift der auf dem Schiffscertifikat gerichtlich verzeichneten Verpfändung übergeben werden; dies ist durch das Preuß. Einführ. G. zum Hand. GB. art. 59 dahin umgeändert, daß die Eintragung in das Schiffsregister das Recht eines wirklichen Pfandinhabers giebt und daß das Pfandrecht durch Löschung im Schiffsregister aufgehoben wird; neuere Preuß. Gesetze gleichen Inhalts in Goldschmidt's Ztschr. XIX. S. 473, 474; Oldenb. G. v. 3. Apr. 1876. art. 1 ff., Mecklenb.-Schwerin'sche VO. v. 28. März 1881 (auch bei Goldschm. Ztschr. XXVII. S. 479 ff.), Lüb. G. v. 18. Jan. 1882 betr. die Verpfändung der Seeschiffe. — Für ganz Deutschland macht das Einf. G. zur KonkursO. § 14 das Absonderungsrecht der Gläubiger, denen ein Schiff verpfändet ist, davon abhängig, „daß die Eintragung der Verpfändung in das Schiffsregister oder die Uebergabe der mit einem beglaubigten Vermerke der Verpfändung versehenen Schiffsurkunden oder in einer beglaubigten Abschrift derselben“ erfolgt ist. — Vgl. auch Goldschmidt Handb. I. (1. Aufl.) § 60. S. 528 N. 9, § 80. S. 831 N. 34, § 85. S. 889 N. 24, II. 2. Aufl. S. 6 N. 8, Lewis in Endemann's Handb. IV. S. 21, Förster III. § 197. II. 2, Dernburg § 360. 2. — Das Schweiz. Obl. R. art. 210 Abs. 3 überläßt es der Kantonalgesetzgebung „die Verpfändung von Vieh durch bloße Eintragung in öffentliche Bücher zu gestatten.“

Eine Anzahl von Partikularrechten fordert für die Begründung des Pfandrechts außer der Tradition noch die Errichtung einer Urkunde über die Verpfändung und Uebergabe derselben an den Gläubiger[10]); besondere Bestimmungen gelten hinsichtlich der Geschäfte der Pfandleiher[11]). Doch bedarf es nach art. 309 des Handelsgesetzbuches solcher Förmlichkeiten nicht, „wenn unter Kaufleuten für eine Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften ein Faustpfand an beweglichen Sachen ... bestellt wird".

Der Schuldner, welcher dem Gläubiger eine Sache als Pfand übergiebt, kann nach Partikularrechten von ihm die Ausstellung einer Urkunde (Pfandschein) fordern, in welcher der Empfang des Objekts bescheinigt und zugleich die sonstigen Bestimmungen des Vertrages verzeichnet werden[12]).

2. Im Handelsverkehr[13]) werden Waren, welche sich im Gewahrsam einer dritter Person befinden, auch dadurch verpfändet, daß

---

[10]) Württ. R. v. Wächter I. S. 976, Reyscher II. § 345. — Das Hess. Ges. v. 15. Sept. 1858. art. 200 machte das Absonderungsrecht der Faustpfandgläubiger von der Aufnahme einer öffentlichen Urkunde und ihrer Eintragung in ein bestimmtes Register abhängig. — Nach C. civ. 2074 und Baden'schem GB. 2074 bedarf es einer öffentlichen Urkunde oder der Eintragung einer Privaturkunde in öffentliche Bücher bei Verpfändung von Mobilien von über 150 Franken, resp. 75 Gulden Werth; ohne Urkunde wirkt das Pfandrecht nur unter den Kontrahenten, nicht gegenüber dritten Gläubigern, Goldschmidt Ztschr. IX. S. 15 f. und N. 13, Handb. I. S. 885 f., 889 N. 25.

[11]) Eintragung der betreffenden Geschäfte in ein von ihnen zu führendes Pfandbuch, Preuß. Ges. v. 17. März 1881. § 5, Bremisches G. v. 16. Okt. 1881. § 5 u. s. w.

[12]) Frankf. Ref. II. 17. § 4, Preuß. Landr. I. 20. § 95, 96, Oestr. GB. § 1370, Sächs. GB. § 1444. — Ist ein Pfandschein ausgestellt, so kann er vom Schuldner benutzt werden, um den über die Höhe der Schuld hinausgehenden Werth der Sache einem Andern zu verpfänden. Indem er einem andern Gläubiger für seine Forderung den Pfandschein überträgt, giebt er ihm das Recht, gegen Zahlung der ersten Schuld an den ersten Gläubiger, welcher sich im Besitz des Pfandes befindet, diesen Besitz selbst zu erlangen. Will der Schuldner sein Pfand beim zweiten Gläubiger auslösen, so hat er ihm sowohl seine eigene, als die Forderung des ersten Gläubigers zu bezahlen. — Das Preuß. Landr. I. 20. § 365, 366 hat diesen Verkehr mit Pfandscheinen anerkannt, welche die Bank über ihr verpfändete Waren und andere Sachen ausgestellt hat. Vgl. auch unten N. 37.

[13]) Vgl. aber auch Oestr. GB. § 427.

der Verpfänder dem Pfandnehmer diejenigen Papiere überträgt, durch welche der Empfänger das Recht erhält, ihre Auslieferung vom Detentor zu verlangen, Konnossemente, Ladescheine, Lagerscheine (Warrants); es gilt als ausreichend und dem Besitz gleichstehend, wenn er in der Lage ist, über das verpfändete Objekt vermittelst dieser Papiere zu verfügen[14]). Partikularrechtlich gelten gleiche Bestimmungen auch für den gewöhnlichen Verkehr[14a]).

3. Werden Forderungen verpfändet, über welche Urkunden ausgestellt sind, in welchen sich der Schuldner zu einer Leistung verpflichtet, so hat nach Partikularrechten eine Uebergabe der Urkunde stattzufinden, wie wenn diese als Faustpfand Gegenstand des Pfandvertrages wäre[15]). Forderungen, über welche keine Urkunde ausgestellt ist, sollen nach mehreren Partikularrechten nicht verpfändet werden können[16]). Wo die Leistung der Verpflichtung gegen die Urkunde erfolgen soll, verliert der Berechtigte durch ihre Uebergabe die faktische Möglichkeit, die Forderung geltend zu machen und geht diese Möglichkeit auf den Pfandgläubiger unter der Voraussetzung über, daß die etwaigen sonstigen Erfordernisse, welche nach Partikularrechten zu

---

[14]) Handels-GB. art. 309, 313, 374, 382, Einf. G. z. Konk. O. § 14; Goldschmidt I. § 73. S. 707 ff., besonders N. 24. 2, § 75. S. 758 ff., § 76. S. 774 N. 32, S. 782 ff., § 85. S. 893 f. Er formulirt den Satz populär dahin (S. 713): „Erwerb des Konnossements ist symbolischer Besitzerwerb der darin bezeichneten Ware."

[14a]) Schweiz. Obl. R. art. 412, Bremisches Ges. v. 13. Mai 1877. § 3, 4.

[15]) z. B. Schweiz. Obl. R. art. 215, Würt. Pfandges. art. 248, Oldenb. Ges. art. 26 u. s. w. Ueber die Frage, ob, wo es an derartigen Vorschriften fehlt, durch Uebergabe der Urkunde ein Pfandrecht an der Forderung begründet werden könne, vgl. Regelsberger Bayer. Hypothekenrecht I. S. 41 ff. — Schon in dem Mittelalter kommen derartige Verpfändungen durch Uebergabe der Urkunde vor, z. B. Cölner Gesch. q. V. no. 53, 59. Von besonderm Interesse sind auch die Mittheilungen Höpken's (vgl. oben § 104 N. 1) S. 196 ff. über die Verpfändung von Rentenbriefen zu Bremen, wozu es nur der Uebergabe mit dem Verpfändungswillen bedarf; der Pfandgläubiger kommt dadurch in die Lage, die Renten erheben zu dürfen, Höpken S. 198 f. — Ueber die Verpfändung von Hypotheken vgl. oben § 113. III.; über die Verpfändung von Pfandscheinen in diesem § N. 12.

[16]) z. B. Hessisches Pfandgesetz art. 171, Sächs. Ges. B. § 502, Oldenb. Ges. art. 26.

der Uebergabe hinzutreten müssen, erfüllt sind. Die Verpfändung der Forderung erscheint als eine bedingte Cession[16a].

Bei den auf einen bestimmten Gläubiger ausgestellten Urkunden wird partikularrechtlich ein urkundlicher Vermerk oder die Aufnahme einer Urkunde über die Verpfändung gefordert[17]), während nach andern Rechten bereits die Aushändigung der Urkunde genügt[18]). Damit der Schuldner nicht an den Verpfänder zahle, bedarf es bei solchen Forderungen, welche nicht gegen die Aushändigung der Urkunde zu zahlen sind, der Notifikation über die Verpfändung an den Schuldner[19]).

Bei den Ordrepapieren[20]) bedarf es der Uebergabe des indossirten Papiers[21]), bei Inhaberpapieren genügt die einfache Uebergabe[22]).

[16a]) Sächs. GB. § 503 (N. 17), Oldenb. G. art. 27.

[17]) Würt. Pfandges. art. 248. Sächs. GB. § 502: „die Verpfändung einer Forderung ist nur zulässig, wenn letztere auf eine Geldleistung gerichtet und eine Urkunde darüber ausgestellt ist; ihre Verpfändung geschieht durch Uebergabe der Urkunde nach den Vorschriften über das Faustpfand"; § 503: „die Verpfändung der Forderung ist als eine auf den Fall der Nichtzahlung des dadurch gesicherten Anspruches geschehene Abtretung der Forderung zum Zweck der Erhebung und nöthigenfalls Einklagung zu betrachten;" Oldenb. G. art. 26. Vgl. auch Zürich. GB. § 858.

[18]) Preuß. Ldr. I. 20. § 281 ff., Hess. Pfdges. v. 1858. art. 171, Baier. Entw. art. 442, Brem. HandfestenO. § 123. d. 2). — Um ein Absonderungsrecht im Konkurs zu erhalten, wird nach dem Einf. G. zur Konk. O. § 15. 2) mindestens der Gewahrsam „der über die Forderung oder das Vermögensrecht ausgestellten Urkunde" erfordert. — Beseler § 98 N. 7, Roth B. II. § 197 N. 44, Pfeiffer Prakt. Ausf. VII. S. 15.

[19]) Preuß. Ldr. I. 20. § 283, 284 (Dernburg § 361 N. 5, 6), Züricher GB. § 859, Braunschw. Ges. v. 1878. § 11, Schweiz. Obl. R. art. 215; vgl. auch Einf. G. z. Konk.O. § 15. Abs. 1.

[20]) Vgl. über dieselben, abgesehen von dem Wechsel, Handels-GB. art. 301, 302, 304.

[21]) Hand. GB. art. 309. 2), Schweiz. Obl. R. art. 214; vgl. auch Bremer Ges. v. 13. Mai 1877. § 3, 4. — Laband a. a. O. IX. S. 245 ff. Daß die Bestimmung des Hand. GB. sich nur auf das kaufmännische Pfandrecht bezieht und daß nach Partikularrecht auch ohne Indossament ein Ordrepapier verpfändet werden kann, Laband S. 250 und Seuffert XXXII. no. 24 (München).

[22]) Hand. GB. art. 309. 1), Preuß. Ldr. I. 20. § 286, 287, Sächs. GB. § 499—501, Baier. Entw. art. 447, Brem. HandfestenO. § 123. d. 1), Oldenb.

4. In Folge der partikularrechtlichen Geltung der Regel hand wahre hand oder der sonstigen Beschränkungen der Vindikation kann partikularrechtlich auch ein Nicht-Eigenthümer in dem Umfange, als die Vindikation des Eigenthümers ausgeschlossen oder nur refuso pretio zulässig ist, ein wirksames Pfandrecht bestellen[23]). Auch in solchen Ländern, in welchen im übrigen die unbedingte Vindikation des Römischen Rechts gilt, sind vielfach für die konzessionirten Pfandleihanstalten besondere Bestimmungen ergangen, wonach sie die ihnen von Nicht-Eigenthümern versetzten Pfänder im Fall ihrer bona fides nur refuso pretio herauszugeben verpflichtet sind[24]).

Das Handelsgesetzbuch art. 306. Abs. 2 und 4 stellt für ganz Deutschland den Grundsatz auf, daß, wenn ein Kaufmann in seinem Handelsbetrieb Gegenstände, welche weder gestohlen noch verloren sind, einem Andern zu Pfand übergiebt, der gutgläubige Erwerber ein Pfandrecht erwirbt, gegen welches zu seinem Nachtheil ein früher begründetes Eigenthum, „Pfandrecht oder sonstiges dingliches Recht" nicht geltend gemacht werden kann[25]).

5. Das neuere Recht kennt zahlreiche gesetzliche Pfandrechte an Mobilien[26]), aber wesentlich nur in solchen Fällen, in welchen sich

---

Ges. art. 16, Schweiz. Obl. R. art. 210. — Kuntze die Lehre von den Inhaberpapieren. 1857. S. 691 ff.

Wenn auch die Ansicht des Kaufmannstandes dahin zu gehen scheint, daß nach Beendigung des Pfandverhältnisses der Gläubiger die Werthpapiere nicht in specie, sondern auch in genere restituiren dürfe, bedarf es doch einer besondern Verabredung, um ihm zu gestatten, die hingegebenen Papiere ohne weiteres zu veräußern, Kuntze S. 694 und die Erkenntnisse in Goldschmidt's Ztschr. IX. S. 162 ff., 164 ff.; zweifelnd erklärt sich Endemann Handelsr. § 146 N. 17.

[23]) § 155 N. 13, 14. — Preuß. Landr. I. 20. § 80: der redliche Pfandnehmer giebt dem Eigenthümer das Pfand nur refuso pretio heraus; vgl. auch § 83, 91. — Oestr. GB. § 456, Hessisches Pfandges. v. 1858. art. 173, Schweiz. Obl. R. art. 213 vgl. mit art. 206. — Goldschmidt I. S. 898 ff.

[24]) Nachweisungen bei Gengler Lehrb. S. 248, Goldschmidt I. S. 900 N. 19; vgl. auch Mandry S. 375 N. 4.

[25]) Sorgfältige Interpretation des Artikels bei Laband S. 269 ff., Goldschmidt S. 901 ff.

[26]) Das Ges. v. 2. Jan. 1874 für Reuß j. L. hatte sie aufgehoben; ebenso giebt es auch nach sonstigen Partikularrechten keine andern als die in den Reichsgesetzen statuirten gesetzlichen Pfandrechte, Mandry S. 377 N. 7.

der Gläubiger im Besitz der Sachen seines Schuldners befindet. Von den durch das Handelsgesetzbuch statuirten gesetzlichen Pfandrechten ist für einzelne bestimmt, daß sie nicht bloß so lange Bestand haben, als sich die betreffenden Sachen in der Detention des Gläubigers befinden, sondern auch noch eine bestimmte Zeit nach der Ablieferung, falls sie der Schuldner oder dessen Stellvertreter detinirt. Zu erwähnen ist:

a) das Pfandrecht des Commissionärs an dem Commissionsgut, sofern er es in seinem Gewahrsam hat oder sonst, insbesondere mittelst der Connossemente, Ladescheine oder Lagerscheine, in der Lage ist, darüber zu verfügen[27]);

b) des Spediteurs am Speditionsgut[28]);

c) des Frachtführers am Frachtgut; es ist kein reines Faustpfandrecht, da es nach der Ablieferung noch fortwährt, „insofern der Frachtführer es binnen drei Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend macht und das Gut noch bei dem Empfänger oder einem Dritten sich befindet, welcher es für den Empfänger besitzt"[29]);

d) des Verfrachters am Frachtgut wegen der Fracht, des Liegegeldes, ausgelegter Zölle u. s. w.; er hat dies Pfandrecht auch nach der Ablieferung, „sofern es binnen 30 Tagen nach Beendigung derselben gerichtlich geltend gemacht wird; es erlischt jedoch, sobald vor der gerichtlichen Geltendmachung die Güter in den Gewahrsam eines Dritten gelangen, welcher sie nicht für den Empfänger besitzt"[30]);

e) des Verfrachters an den Sachen des Passagiers wegen des Ueberfahrtgeldes[31]);

f) des Bergenden wegen der Bergungs- und Hülfskosten an

---

[27]) Hand. GB. art. 374, 375, Laband S. 425—459, Goldschmidt I. S. 711 N. 24, 998 ff., 1006 ff., 1021 ff., Grünhut das Recht des Kommissionshandels 1879. S. 20 ff., 280 ff. Vgl. auch das Nürnb. Erk. bei Goldschmidt Ztschr. X. S. 132 ff.

[28]) Hand. GB. art. 382. Abs. 1 u. 2, Laband S. 459—471, Goldschmidt I. S. 999 ff., 1007 N. 32, 1021 ff., Grünhut S. 553 ff.

[29]) Hand. GB. art. 409, Laband S. 471—477, Kompe in Goldschmidt's Ztschr. X. S. 316—326, Goldschmidt Handb. I. S. 1021 ff.

[30]) Hand. GB. art. 624, 626, 629. — Goldschmidt I. S. 1000 N. 12, S. 1003 N. 20. — Ueber älteres Hamburger Recht Baumeister I. S. 235 N. 48.

[31]) Hand. GB. art. 675.

den geborgenen oder geretteten Gegenständen und zwar auch noch nach der Ablieferung an die Interessenten[32]);

g) zahlreiche gesetzliche Pfandrechte für seerechtliche Forderungen und zwar auch ohne Detention des Gläubigers[33]);

Ueberdies enthalten die Partikularrechte noch manche weitere gesetzliche Pfandrechte. Von dem des Vermiethers und Verpächters wird unten (III. § 186. 9) die Rede sein; es ist dem Faustpfand insofern verwandt, als sich die Sachen, wenn auch nicht in der Detention, so doch auf dem Grund und Boden des Gläubigers befinden. Ein ähnliches Pfandrecht hat der Gastwirth an den eingebrachten Sachen des Gastes für seine Forderung wegen Quartier und Bewirthung[33a]).

Gemeinrechtlich hat die Konkursordnung § 41 für diese und einige weitere Fälle dem Gläubiger ein gesetzliches Pfandrecht resp. qualificirtes Retentionsrecht an gewissen Sachen des Schuldners gegeben, welches im Konkurs das Absonderungsrecht gewährt. Allen diesen Fällen ist gemeinsam, daß die Sachen sich im Gewahrsam oder auf dem Grundstück des Gläubigers befinden.

6. Der Faustpfandgläubiger hat die Sache mit Anwendung von diligentia zu bewahren und ist bei kulposer Verschlechterung oder Untergang ersatzpflichtig. Für casus steht er nach neuerem Recht im allgemeinen nicht ein[34]), und nur höchst partikulär gilt für

---

[32]) Hand. GB. art. 753.

[33]) Hand. GB. art. 727, 757—59, 761, 763, 767—69, 774, 779, 781. — Vgl. auch § 156 über das qualifizirte kaufmännische Retentionsrecht.

[33a]) Preuß. Landr. II. 8. § 455, Zürich. GB. § 871. — Konk. O. § 41: „den Faustpfandgläubigern stehen gleich: . . . 5) Gastwirthe wegen ihrer Forderungen für Wohnung und Bewirthung des Gastes, in Ansehung der von demselben eingebrachten, von ihnen zurückbehaltenen Sachen." — Vgl. auch noch über einen Fall eines gesetzlichen Pfandrechts nach dem Zürich. GB. § 1885 ff. unten III. § 200 N. 22a).

[34]) Vgl. die Zusammenstellung bei Goldschmidt I. S. 907 N. 3. Endemann in s. Handb. II. § 177 N. 9 sagt, es würde jetzt allgemein anerkannt, daß, wenn das Pfandrecht aus Vertrag stammt, der Pfandgläubiger regelmäßig ein Recht auf Ergänzung hat, falls sich der Werth des Pfandes vermindert. — Er beruft sich für diesen unhaltbaren Satz auf Goldschmidt § 88 N. 10, welcher aber mit Recht sagt, daß der Pfandgläubiger ein solches Recht nur hat, wenn es besonders ausbedungen ist.

Leihanstalten der Satz, daß dieselben bei kasuellem Untergang des Pfandes ihre Forderung verlieren[35]). Benutzen darf er die Sache nur auf Grund besonderer Erlaubniß[36]).

Bei Tilgung der Schuld hat der Gläubiger das Pfandobjekt herauszugeben. Hat er einen Pfandschein ausgestellt, so kann in demselben oder falls es sich um eine Pfandleihanstalt handelt, in

---

[35]) Hamburger Leihhaus-Ordnung vom 14. Dez. 1775. art. 29 (Baumeister I. S. 263 N. 17); Hamburg. Ges. v. 28. Juni 1871, betreffend die Pfandleiher § 9: bei Verlust oder Beschädigung des Pfandes durch Feuersbrunst, Einbruch oder andere Unglücksfälle soll der Pfandleiher der Obrigkeit Anzeige machen, weil er sonst der Einrede des unvermeidlichen Zufalls verlustig geht. „Keinenfalls aber ist der Pfandleiher berechtigt, falls das von ihm angenommene Pfand durch Zufall beschädigt wird oder verloren geht, von dem Verpfänder die Erstattung des Anlehens zu fordern. Ebensowenig kann der Verpfänder von dem Pfandleiher die Rückerstattung des durch unvermeidlichen Zufall verlornen Pfandes verlangen"; entsprechend Hamb. Ges. v. 10. Dez. 1880. § 9, und Hamburg. Leihhausordn. v. 29. Dez. 1882: „Sollte ein Pfand durch Feuersbrunst, Einbruch oder andere Unglücksfälle beschädigt werden oder verloren gehen, so wird dem Pfandsetzer die Erstattung des Anlehens sammt Zinsen erlassen, doch hat er weiter nichts zu fordern." — Aehnlich Lübecker Ges. v. 8. März 1856 über den Pfandleihbetrieb § 16 und Sächs. G. v. 21. Apr. 1882. § 11, 12. — Dagegen läßt z. B. das Preuß. Reglement v. 13. März 1787. § 102, 103 das Leihhaus für Diebstahl, aber nicht für Verlust des Pfandes durch Feuer, gewaltsamen Einbruch oder andern unvermeidlichen Zufall einstehen. — Neuere Gesetze fordern, daß die Leihanstalten ihr Lager gegen Feuersgefahr versichern, Baier. Bekanntm. v. 12. Aug. 1879. no. 3, das angef. Sächs. Ges. Letzteres bestimmt zugleich, daß im Fall eines Brandes der Pfandleiher dem Schuldner die Differenz zwischen dem Werth des Pfandes und seiner Forderung ersetzen soll.

[36]) Oestr. GB. § 1372, Sächs. GB. § 476: nach ersterem ist die Verabredung der Antichrese bei nutztragenden Mobilien verboten und darf nur der Gebrauch von nicht fruchttragenden Sachen eingeräumt werden, nach letzterem dürfen auch die Nutzungen überlassen werden unter Verpflichtung zur Rechnungslegung und Anrechnung auf Zinsen und Kapital, § 477, 478. Nach dem Preuß. Landr. I. 20. § 139—141 hat der Pfandnehmer einer fruchttragenden Sache „das Recht und die Pflicht, dieselbe zu verwalten und die Früchte und Nutzungen dabei einzuziehen", unter der Verpflichtung, sie auf Zinsen und Kapital abzurechnen.

Nach dem Reichsstrafges. B. § 290 wird der Pfandverleiher bestraft, welcher die von ihm in Pfand genommenen Gegenstände unbefugt in Gebrauch nimmt.

ihren Statuten bestimmt sein, daß das Pfand nur gegen Rückgabe des Scheins auszuliefern ist. Auch kann verabredet oder bestimmt sein, daß es gegen Bezahlung der Schuld nicht bloß an den eigentlichen Schuldner, sondern auch an den Inhaber des Scheins zu restituiren sei[37]).

7. Da das Pfandrecht im allgemeinen ein Faustpfandrecht ist, geht das vertragsmäßige durch freiwillige Besitzabtretung verloren[38]), und besteht das gesetzliche Pfandrecht regelmäßig auch nur so lange, als der Gläubiger die Sache in seinem Besitz hat oder durch Papiere über dieselbe zu verfügen in der Lage ist[39]). Nach einigen Partikularrechten geht aber das vertragsmäßige Pfandrecht auch bei unfreiwilligem Verlust der Detention unter[39a]) und hat der Pfandgläubiger keine dingliche Klage gegen den dritten Erwerber, sondern nur die Besitzklagen. Hier hat das Pfandrecht seinen dinglichen Charakter verloren und ist zu einem verstärkten Retentionsrecht geworden[40]). Wo solche Grundsätze nicht gelten, kann der Pfand-

---

[37]) Die Pfandscheine können Namen-Papiere, Ordre-Papiere, Inhaber-Papiere, insbesondere im Sinne von Legitimations-Papieren, sein, vgl. Kuntze Inhaber-Papiere S. 522 f., Steinacker Braunschw. R. S. 264 ff., Goldschmidt Ztschr. XI. S. 618 ff. Auch wenn der Pfandschein auf Namen lautet, kann er nach neueren Gesetzen, wie ein unvollkommenes Inhaberpapier behandelt werden. Das Preuß. Ges. v. 17. März 1881. § 17 bestimmt: „der Inhaber des Pfandscheins ist dritten Personen, insbesondere dem Pfandleiher gegenüber zur Ausübung der Rechte des Verpfänders berechtigt, ohne die Uebertragung dieser Rechte nachweisen zu müssen"; auch Bremer Ges. v. 16. Okt. 1881. § 19 u. s. w. Vgl. auch Brunner in Endemanns Handb. II. S. 235.

[38]) Rev. Lüb. R. III. 4. art. 5, Preuß. Ldr. I. 20. § 244, 253, 54 (Entsch. des R. O. H. Gerichts XIV. S. 195), Sächs. GB. § 486, Oestr. GB. § 467, Würtemb. Pfandges. v. 1825. § 258 (Reyscher II. § 347. no. 6), Bremische Handf. O. § 123 c, Koburger Ges. v. 14. Juli 1870. art. 2, Oldenb. G. art. 19, 28, Braunschw. G. § 4, 16, Schweiz. Obl. R. art. 219. — Entsch. des ROH. Ger. XXV. S. 86 ff.

[39]) Oben N. 5.

[39a]) Das Absonderungsrecht im Konkurse macht das Einf. G. zur Konk. O. § 14 davon abhängig, daß der Pfandgläubiger „den Gewahrsam erlangt und behalten hat," Mandry S. 338 N. 24.

[40]) Goldschmidt Handb. I. S. 952 f. — C. civ. 2119, Sächs. GB. § 479. — Diese Bestimmung beruht nicht auf älterem deutschem Recht.

gläubiger, welcher den Besitz verloren hat, gegen den dritten Besitzer in demselben Umfange klagen, in welchem dem Eigenthümer die Vindikation nach neuerem Recht zusteht[41]).

Für das Gebiet des Handelsrechts erlischt an nicht gestohlenen und nicht verlorenen Sachen das Pfandrecht, wenn sie zu Eigenthum einem Dritten übergeben sind, welcher von dem bestehenden Pfandrecht keine Kenntniß hatte; und ebenso kann bei Uebergabe solcher Sachen an einen Dritten zu Pfandrecht ein früher an ihnen begründetes Pfandrecht nicht zum Nachtheil des redlichen Pfandnehmers geltend gemacht werden[42]).

8. Abgesehen von dem Fall der Rückgabe des Pfandes und partikularrechtlich auch des unfreiwilligen Besitzverlustes, erlischt das Pfandrecht durch Aufhebung der Obligation[43]) — entgegengesetzt der

---

[41]) Also besonders Einschränkungen gegen den b. f. Erwerber; Preuß. Ldr. I. 20. § 118, 119 (refuso pretio; aber auch weitere Beschränkungen), Württ. Pfandges. v. 1828. § 258 (keine Klage gegen den gutgläubigen, entgeltlichen Erwerber), Zürich. GB. § 865 („Verliert der Pfandgläubiger, gleichviel aus welchen Gründen, den Besitz des Pfandes, und ist er außer Stande, denselben wieder herzustellen, so ist dadurch sein Pfandrecht zerstört"), Hessisches Pfdges. art. 187, Anhaltin. Ges. v. 1870. § 6 u. s. w. Vgl. auch Entsch. des Reichs-Ger. I. S. 257 f.

[42]) Handelsges. B. art. 306; vgl. überhaupt Laband S. 269 ff., Goldschmidt I. S. 951. — Dasselbe gilt partikulär auch für das Civilrecht, z. B. Braunschw. Ges. § 5.

[43]) Nach Frankf. Ref. II. 7. § 18 auch wenn ein Vierteljahr nach Fälligkeit der Forderung das Pfandrecht nicht geltend gemacht ist. Preuß. Landr. I. 20. § 246, 247 bestimmt: „so lange das Pfand als ein solches sich noch im Besitze des Gläubigers befindet, kann das Pfandrecht desselben durch keine Verjährung verloren gehen; so lange das Pfandrecht dauert, kann auch keine Verjährung der Schuld zum Besten des Schuldners anfangen"; vgl. über diesen Fall auch Windscheid § 112 N. 5.

Der gemeinrechtliche Satz (const. unica C. VIII. 27), daß der Gläubiger nach Bezahlung der Schuld das Pfand wegen aller seiner weiteren Forderungen in Folge eines allgemeinen Retentionsrechts zurückbehalten dürfe, hat nur vereinzelt Anerkennung gefunden, so im Mainzer Ldr. XIX. 9, C. Max. Bav. II. 6. 14. no. 2, C. civ. art. 2082. Dagegen wird dies Recht nicht anerkannt z. B. im Preuß. Landr. I. 20. § 171, Oestr. GB. § 471, Sächs. GB. § 1447, Hessischen Pfandges. art. 198. — Vgl. überhaupt Goldschmidt Handb. I. S. 910 f., 980 f.

Immobilienhypothek, welche trotz Fortfalls der Forderung weiter bestehen kann — und durch Untergang des Pfandobjekts. Wenn dem Schuldner aus dem Untergange der Sache eine Forderung gegen einen Dritten erwächst, kann an sich der Gläubiger dieselbe nicht zu seiner Befriedigung in Anspruch nehmen; nur partikularrechtlich erstreckt sich sein Pfandrecht auch auf die Versicherungsgelder und die sonstigen Schadensersatzansprüche[44]).

9. Ist der Schuldner in der Erfüllung seiner Verbindlichkeit säumig, so kann der Gläubiger die Veräußerung des Pfandes zu seiner Befriedigung fordern[45]). Dem römischen Recht gemäß[46]) ist die Verabredung der Lex commissoria, d. h. daß bei mora dem Gläubiger das Pfand für die Schuld zu Eigenthum verfallen solle, auch in den Partikularrechten für ungültig erklärt[47]), und es ist diese

---

[44]) Nach Preuß. Ldr. I. 20. § 309, 310 besteht ein Anspruch auf die Versicherungsgelder, wenn die Versicherungspolice übergeben ist; ohne weiteres können sich die Gläubiger an die betreffenden Forderungen oder Gelder halten, Braunschweig. Ges. v. 13. Mai 1877. § 11. — Vgl. über diese Frage auch Malß in s. Ztschr. f. Versich. R. II. S. 113 ff. und in Goldschmidt's Zeitschr. XIII. S. 431 ff.; über auswärtiges Recht Goldschmidt I. S. 781, 784 N. 66. — In Betreff der Verluste im französischen Kriege bestimmt das Reichsgesetz vom 14. Juni 1871. § 4, daß für die Schiffsgläubiger die Entschädigung, welche bei Wegnahme oder Beschädigung von Schiff oder Ladung zu zahlen ist, an die Stelle desjenigen trete, für dessen Ersatz sie bestimmt ist.

[45]) Nach ältern Partikularrechten durfte der Gläubiger im Falle der mora nicht bloß seine Forderung mit dem Pfandrecht einem Andern cediren, sondern auch das Pfandobjekt selbst weiter verpfänden (§ 154 N. 28). Nach Solmſ. LO. II. 14. § 4 und Frankf. Ref. II. 17. § 6 darf er das Pfand für das, was es mehr als seine Forderung werth ist, wenn ihn „noht angienge", einem Andern versetzen, muß dabei aber bemerken, daß er nicht Eigenthümer und bis zu welchem Belauf ihm die Sache verpfändet sei. Anderwärts darf er es einem Dritten bis zum Belauf seiner Forderung verpfänden, Läneb. Ref. II. 17. Abs. 4, Statt. f. Dinkelsbühl v. 1783. X. § 6 (Arnold II. S. 323), Oestr. GB. § 454, 55, 460 (vgl. auch Stobbe in Goldschmidt's Ztschr. XI. S. 404). Dagegen wird eine Weiterverpfändung ohne Genehmigung des Eigenthümers verboten Revid. Lüb. R. III. 14. 10, Braunschw. BO. v. 1763 (Steinacker S. 444), Preuß. Ldr. I. 20 § 127, 131, Sächs. GB. § 475, Hessisches Pfandgesetz art. 174, 175, Schweiz. Obl. R. art. 218.

[46]) Windscheid § 238 N. 3.

[47]) Preuß. Landr. I. 20. § 33, Oestr. GB. § 1371, Sächs. GB. § 383,

Bestimmung auch nicht mit der Aufhebung der Wucherverbote oder durch Einführung des Satzes[48]) beseitigt, daß die Höhe der Konventionalstrafe der freien Vereinbarung unterliege[49]). Nach dem Verfalltage dürfen sich die Interessenten über die Ueberlassung der Sache für einen bestimmten Werth einigen[50]).

Die Veräußerung des Pfandobjekts zur Befriedigung des Gläubigers, welche vom Gericht nach vergeblicher Aufforderung des Schuldners zur Zahlung verfügt wird, erfolgt im Gegensatz gegen das ältere Recht, wonach der Gläubiger gerichtlich zum Privatverkauf autorisirt wurde, in der Regel durch das Gericht oder in öffentlicher Versteigerung oder durch einen Mäkler[51]). Dagegen sind par-

---

S. Weimar'sches Pfdges. v. 1839. § 106, Schweiz. Obl. R. art. 222, Goldschmidt I. S. 914 f., Roth II. § 197 N. 75.

[48]) Reichsges. v. 14. Nov. 1867. § 1.

[49]) Denn das Verbot der Lex commissoria bezweckt, daß in der That das Pfand auch veräußert werde: „nicht die Absicht des Wuchers, die Höhe und der Umfang des unerlaubten Gewinnes und des unberechtigten Nachtheils, sondern die Eigenthumsübertragung an dem Pfande selbst, in ihrer Abstraktion von allen Nebenmomenten, begründet die absolute Wirkungslosigkeit und Nichtigkeit jenes Nebenvertrages", Erk. d. Berl. O. Trib. v. 1871 (Seuffert XXIX. no. 114, des RchsGer. II. no. 86, IV. no. 12); Dernburg I. § 339 N. 7, Exner Oestr. Hyp. R. S. 179 N. 16, Regelsberger baier. Hyp. R. S. 390. Dagegen nehmen die Aufhebung des Verbots in Folge des Reichsgesetzes von 1867 an P. Hinschius in s. Ztschr. f. Gesetzgebung und Rechtspfl. in Preußen. II. 1868. S. 51 ff., Förster III. § 190 N. 30, v. Meibom Meckl. Hyp. R. S. 136 N. 49, Endemann in s. Handb. II. § 177 N. 24.

[50]) Preuß. Ldr. I. 20. § 34. — Nach der Frankf. Ref. II. 17. § 12 ist die Verabredung gestattet, daß der Gläubiger das Pfand vor oder nach dem Termin für einen bestimmten Preis behalten dürfe. — Dagegen verboten nach dem Oestr. GB. § 1371.

[51]) Vgl. besonders Goldschmidt I. S. 913 ff., auch Mandry S. 378 N. 8. — Von Partikularrechten: Frankf. Ref. II. 17. § 10 vgl. mit I. 46, Preuß. Ldr. I. 20. § 28, 197 ff., Oestr. GB. § 461, Zürich. GB. § 868, C. civ. 2078, Sächs. GB. § 479, 480 (der Verkauf muß in öffentlicher Versteigerung geschehen; Handelswaren können um den gangbaren Marktpreis durch einen Mäkler aus freier Hand veräußert werden), Oldenb. G. art. 20, 21, 23, Braunschweig. G. v. 1878. § 5, Baumeister I. S. 261. — Nach dem Preuß. Landr. I. 20. § 29—32 ist die Verabredung zugelassen, daß bei unterbliebener Zahlung der Verkauf außergerichtlich erfolgen dürfe; dies wird für unzulässig erklärt C. civ. 2078, Weimar'sches Pfandges. § 105, Sächs. GB. § 383.

tikularrechtlich die Pfandleihanstalten privilegirt, auch ohne Anstellung einer förmlichen Klage sich vom Gericht zum Verkauf des Pfandes autorisiren zu lassen oder auch ohne solche Autorisation das Pfand zu verkaufen, wenn es nicht in bestimmter Zeit nach dem Verfalltage eingelöst ist[52]).

Nach dem Handelsgesetzbuch art. 310 kann bei schriftlicher Bestellung eines Faustpfands unter Kaufleuten für eine Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften der Gläubiger im Fall der mora des Schuldners die Bewilligung zur Veräußerung beim Gericht auch ohne Anstellung einer Klage nachsuchen und wird diese Bewilligung des Verkaufs ertheilt, wenn ausreichende Bescheinigungsmittel beigebracht sind. Auch darf nach art. 311 vereinbart werden, daß im Falle der mora der Gläubiger ohne gerichtliches Verfahren sich aus

---

Nach dem Koburg'schen Gesetz v. 14. Juli 1870. § 4 ff. kann der Gläubiger nach Verfall der Forderung dem Schuldner seine Absicht der Veräußerung kund thun und, wenn dieser binnen acht Tagen keinen Widerspruch erhebt, das Pfand durch einen Notar oder Auktionator in öffentlicher Auktion versteigern lassen. Bestreitet der Schuldner das Recht zur Veräußerung, so hat der Gläubiger die Pfandklage auf Gestattung der Veräußerung anzustellen.

[52]) Preuß. Ges. v. 17. März 1881 (Verkauf 4 Wochen nach der Fälligkeit des Darlehns durch den Pfandleiher in öffentlicher Versteigerung; „die Erlangung eines vollstreckbaren Schuldtitels oder die gerichtliche Ermächtigung zum Verkauf ist nicht erforderlich"), Baden'sches Ges. v. 3. Apr. 1872. § 2 (Goldschmidt Ztschr. XVIII. S. 157), Hamb. Ges. vom 28. Juni 1871. § 10—12 (daselbst S. 160), Bremisches Ges. v. 1881. § 12, Sächs. Ges. v. 21. Apr. 1882. § 7 (Versteigerung außerhalb der Wohnung und der Geschäftsräume des Pfandleihers). Das Handels-GB. art. 312 gestattet solche partikulären Bestimmungen. Weitere Nachweisungen bei Goldschmidt I. S. 927 N. 58.

Reichsbankgesetz vom 14. März 1875. § 20: „Wenn der Schuldner eines im Lombardverkehr gewährten Darlehns im Verzuge ist, ist die Reichsbank berechtigt, ohne gerichtliche Ermächtigung oder Mitwirkung das bestellte Faustpfand durch einen ihrer Beamten oder durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten öffentlich verkaufen oder, wenn der verpfändete Gegenstand einen Börsen- oder Marktpreis hat, den Verkauf auch nicht öffentlich durch einen ihrer Beamten oder durch einen Handelsmakler, oder, in Ermangelung eines solchen, durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten zum laufenden Preise bewirken zu lassen und sich aus dem Erlöse wegen Kapital, Zinsen und Kosten bezahlt zu machen. Dieses Recht behält die Bank auch gegenüber anderen Gläubigern und gegenüber der Konkursmasse des Schuldners."

dem Pfande befriedigen dürfe; er hat dann den Verkauf öffentlich oder, im Fall die Waare einen Börsen- oder Marktpreis hat, auch nicht öffentlich durch einen Mäkler oder Auktionator vornehmen zu lassen[53]).

Während nach ältern Rechten der Pfandgläubiger im Konkurse des Schuldners das Pfand an die Masse abzuliefern hatte und nur eine privilegirte Stellung einnahm, haben neuere Gesetze diese Ablieferungspflicht aufgehoben und dem Gläubiger ungeschmälerte Befriedigung aus dem Pfande ertheilt[54]). Allgemein bestimmt jetzt die Konkursordnung § 40, 41, daß die Faustpfandgläubiger und einige weitere ihnen gleichstehende Gläubiger im Konkurse zur abgesonderten Befriedigung gelangen.

§ 156. Das Retentionsrecht[1]).

Hier ist auch des Retentionsrechts an Mobilien zu gedenken, da dasselbe im deutschen Recht erweiterte Wirkungen im Verhältniß zum Römischen Recht hat und sich dadurch dem Pfandrecht an Mobilien nähert, welches seinerseits, wie eben ausgeführt, partikularrechtlich in seinen Wirkungen herabgemindert ist, so daß sich Retentionsrecht und Pfandrecht begegnen.

Für das dem Mittelalter bereits bekannte Retentionsrecht galt auch in Deutschland das Prinzip der Connexität[2]). Freilich ver-

---

[53]) Vgl. über diese Vorschriften v. Hahn Commentar zum Hand. GB. zu den betr. Paragraphen, Laband S. 256 ff., Goldschmidt S. 927 ff., 929 ff.; vgl. auch Seuffert XXV. no. 258.

[54]) Goldschmidt § 89. S. 922 ff. N. 48, 49, 54—57, § 90. S. 943, Dernburg I. § 359 N. 4—6.

[1]) Ueber älteres Recht v. Meibom S. 306 ff., v. Amira Obl. R. S. 249 ff., Planck Ger. Verf. I. S. 459 f., über neueres Recht mit besonderer Beziehung auf das Handelsrecht Laband S. 482—501, Goldschmidt Handb. I. S. 962 bis 1059, welcher S. 962 f. N. * die frühere Literatur anführt, Thöl § 223, Endemann in s. Handb. II. § 181 ff., Korn das kaufm. Retentionsrecht. Tüb. 1881; außerdem Dernburg § 362, Harber im Arch. f. civ. Pr. LI. S. 110 ff., LVIII. S. 294.

[2]) Goldschmidt I. S. 975 N. 22; a. A. v. Meibom S. 308. — Vgl.

suchten manchmal Gläubiger Sachen ihres Schuldnes nicht bloß wegen ihrer connexen, d. h. der mit Bezug auf die betreffende Sache bestehenden Forderungen, sondern allgemein als Deckung auch für weitere Forderungen zurückzubehalten; indessen traten die Gerichte diesem Versuch entgegen[3]).

Andererseits ging das Retentionsrecht im Mittelalter über die Wirkungen des Römischen Rechts hinaus; denn der Berechtigte durfte nicht bloß mit einer Einrede sich gegen die Rückforderung der Sache bis zur Bezahlung seiner Forderung schützen, sondern hatte, wenigstens in einzelnen bestimmten Fällen, auch das Recht, sie bis zur Höhe seiner Forderung an dritte Personen zu verpfänden[4]), in ähnlicher Weise, wie ein Pfandgläubiger sich dadurch

---

die Fälle, welche v. Meibom S. 306 f. selbst anführt: Retentionsrecht der Handwerker an den ihnen zur Verarbeitung übergebenen Sachen für ihren Arbeitslohn, des Hirten am Vieh wegen des ihm schuldigen Hutlohns, des Hausbesitzers, welcher Verwendungen auf das Haus gemacht hat u. s. w. Wasserschleben Rechtsquellen I. S. 202 c. 62. — Blume des Magd. Rechts I. no. 14: die Frau, welcher ihr Mann eine Morgengabe bestellt hat, kann bis zu ihrer Bezahlung die Herausgabe des Nachlasses an die Erben verweigern.

[3]) Besonders kam es vor, daß Handwerker dem Eigenthümer die Auslieferung der von ihnen bearbeiteten Sachen nicht bloß bis zur Bezahlung des Arbeitslohns, sondern auch wegen anderer Forderungen vorenthalten wollten; z. B. Iglauer Rechtsspruch (Tomaschek Oberhof S. 85. § 121): der Schmidt darf die von ihm beschlagenen Pferde nicht wegen anderer Forderungen retiniren; vgl. auch Laband vermögensrechtliche Klagen S. 148 f. und Wiener Stadtr. (Schuster) art. 142: der Pfandgläubiger kann nach Bezahlung der Pfandschuld die Sache nicht noch wegen anderer Forderungen gegen den Pfandeigenthümer zurückbehalten. — Vgl. noch Schuster Spiel S. 45 ff.

[4]) Handwerker dürfen die von ihnen bearbeiteten fremden Sachen bis zur Höhe des ihnen geschuldeten Handwerkslohns an Dritte versetzen; Hamb. Statt. v. 1270. VI. 16, Bremer R. v. 1303. art. 36, 105 (Oelrichs S. 90, 128), Lüneb. Stadtr. (Kraut S. 79) § 113, Dortmunder Statt. IV. 3 (Frensdorff S. 109), Stader Statt. 5, 15 (Pufendorf I. 194), Augsb. Stadtr. (Meyer) 133. § 2 (Walch S. 390. c. 392), Münchener Stdtr. 348, Steierm. Landr. art. 160, Stadtr. von Diessenhofen art. 14. — Stobbe in Goldschmidt's Ztschr. XI. S. 404 f., v. Meibom S. 308 f., Laband Klagen S. 82 f., Stieda Zunftwesen 1877. S. 102 f., Kohler pfandr. Forschungen S. 10. — In dieser Verpfändung ist eine Cession des Forderungsrechts enthalten, mit welcher zugleich das dem Gläubiger zustehende Retentionsrecht übertragen wird.

bezahlt machen kann, daß er sein Pfand weiter verpfändet (oben § 154 N. 28).

Wenn sich im allgemeinen das Retentionsrecht den römischen Grundsätzen angeschlossen hat, kommen doch auch partikularrechtliche und gemeinrechtliche Ausdehnungen vor:

1. Es kann partikularrechtlich nicht bloß wegen connexer, sondern wegen aller Forderungen geltend gemacht werden, welche der Retinirende gegen denjenigen hat, welcher von ihm seine Sache herausfordert[5]).

2. Nach dem Handelsgesetzbuch art. 313—315 ist es dahin ausgedehnt worden, daß ein Kaufmann wegen aller Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften (unter Umständen auch wegen der nicht fälligen Forderungen) ein Retentionsrecht an allen Mobilien des Schuldners hat, welche mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Besitz gekommen sind, falls die Zurückbehaltung nicht der vor oder bei der Uebergabe ertheilten Vorschrift oder übernommenen Verpflichtung, mit den Gegenständen in bestimmter Weise zu verfahren, widerstreiten würde[6]).

Obgleich dies Recht im Gesetzbuch als Zurückbehaltungsrecht bezeichnet wird, geht es doch weit über dessen Wesen hinaus und nähert sich dem gesetzlichen Pfandrecht. Denn der Gläubiger darf die Sachen seines Schuldners nicht bloß zurückbehalten, sondern ist auch befugt, wenn ihn der Schuldner nicht rechtzeitig in anderer Weise sichert, beim Gericht den Verkauf der Gegenstände zu bean-

---

[5]) Baumeister I. S. 93, 248 N. 6; vgl. auch Laband in Goldschm. Ztschr. IX. S. 488 N. 2. — Dagegen Oldenb. Ges. v. 3. Apr. 1876. art. 30, Schweiz. Obl. R. art. 224, Seuffert XXXI. no. 7 u. s. w.

[6]) v. Hahn Commentar zu diesen Artikeln, Laband S. 482 ff., Goldschmidt Handb. I. S. 996 ff., 1028 ff., Entsch. d. ROH. Ger. XVI. S. 81 f., XIX. S. 369 ff.

Dies ausgedehnte Retentionsrecht hat die Oestr. VO. v. 28. Okt. 1865. art. 3 (Goldschmidt Ztschr. XI. S. 344 f.) den unter Staatsaufsicht stehenden Kreditanstalten auch in dem Fall zu Theil werden lassen, daß „der Schuldner kein Kaufmann ist und die Forderungen nicht aus Handelsgeschäften entstanden sind.“ — Das schweiz. Obl. R. art. 224—226 hat im wesentlichen übereinstimmende Grundsätze auch für den bürgerlichen Verkehr aufgestellt.

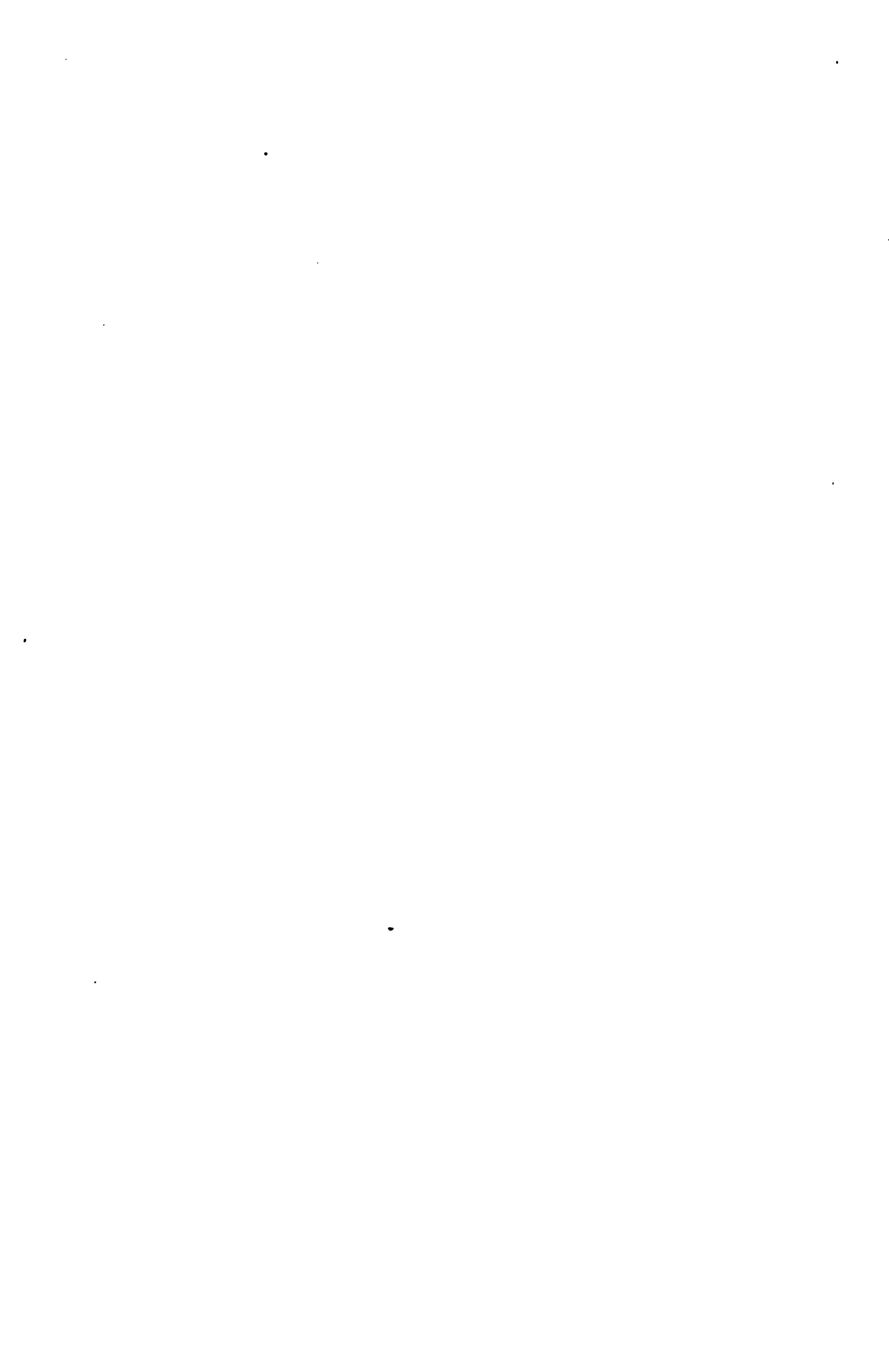
tragen und sich aus dem Erlöse vor andern Gläubigern zu befriedigen; er hat diese Rechte auch gegenüber der Konkursmasse[7]).

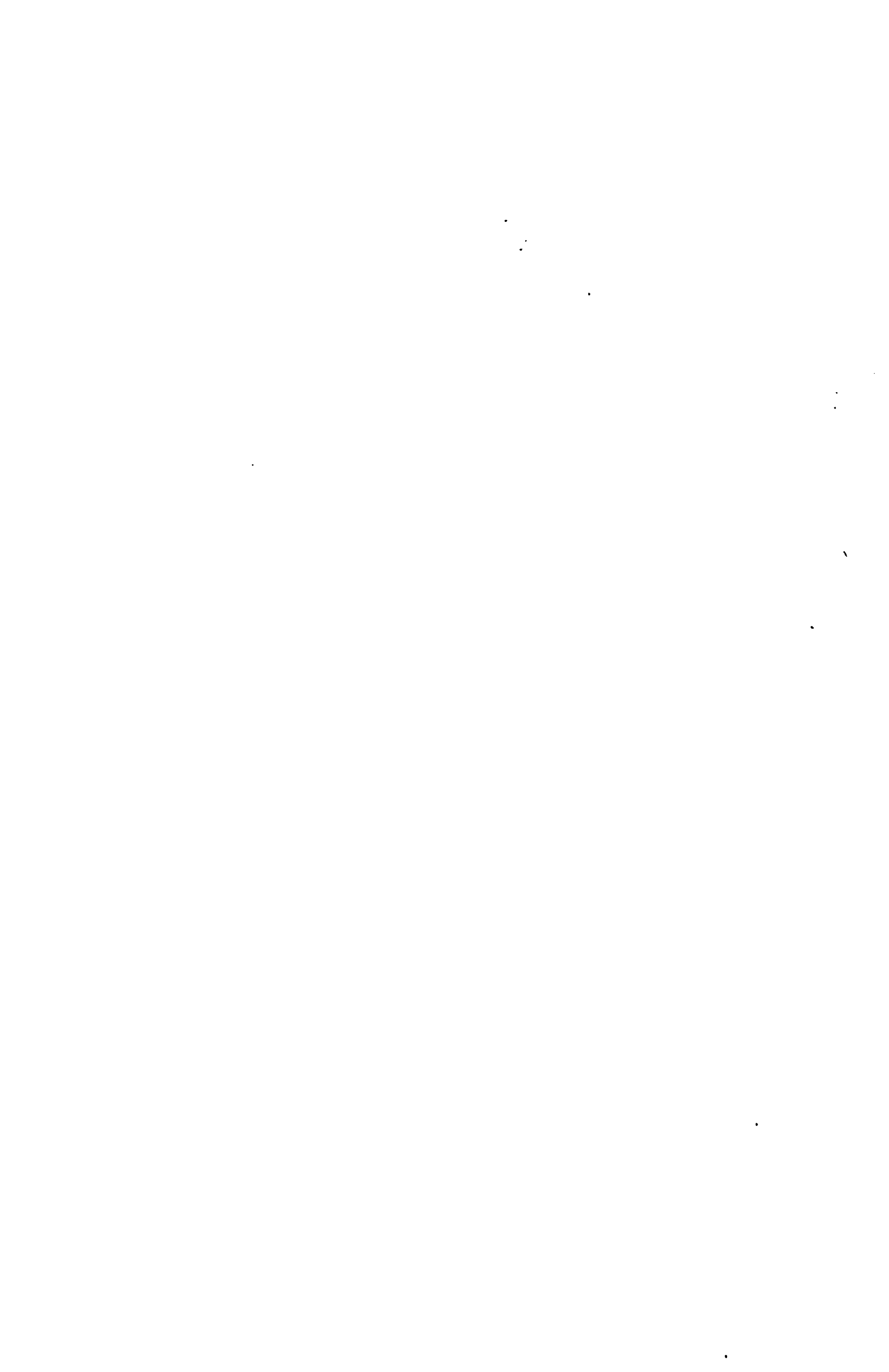
3. Die Konkursordnung § 41 hat für einzelne Fälle des Retentionsrechts dem Gläubiger die Befugniß gegeben, auch im Konkurse die abgesonderte Befriedigung aus den retinirten Gegenständen zu suchen, so den Pächtern „in Ansehung des in ihrem Gewahrsam befindlichen Inventars wegen der Forderung für dieses," dem „Künstler, Werkmeister, Handwerker und Arbeiter wegen ihrer Forderungen für Arbeit und Auslagen, in Ansehung der von ihnen gefertigten oder ausgebesserten, noch in ihrem Gewahrsamen befindlichen Sachen," denjenigen, „welche etwas zum Nutzen einer Sache verwendet haben, wegen des den noch vorhandenen Vortheil nicht übersteigenden Betrages ihrer Forderung aus der Verwendung in Ansehung der zurückbehaltenen Sache."

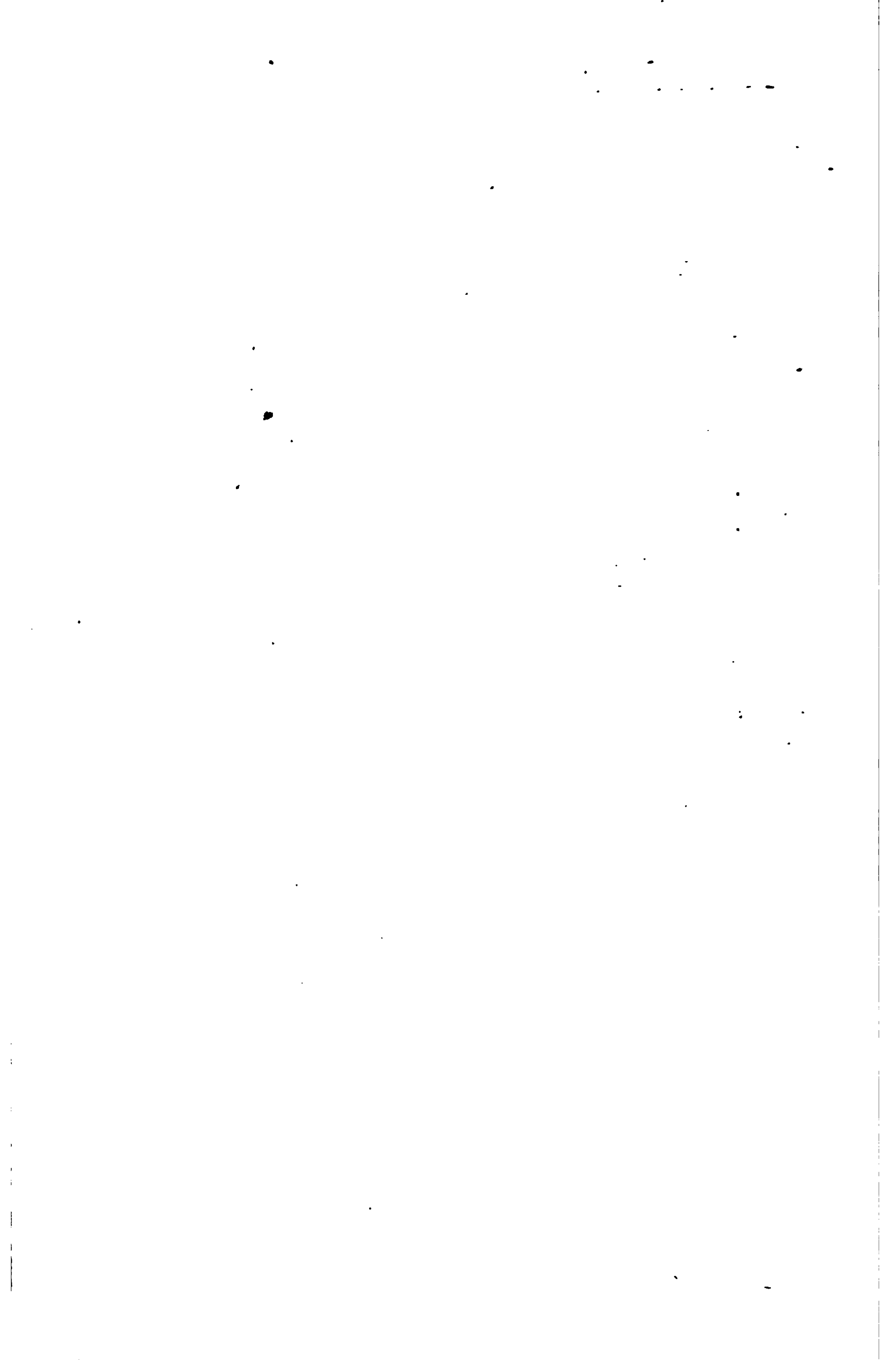
---

[7]) Hand. GB. art. 315, Konk.O. § 41. no. 8, Schweiz. Obl. R. art. 228. Goldschmidt Handb. I. S. 1048 ff.

Buchdruckerei von Gustav Schade (Otto Francke) in Berlin N.









SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

